Die Löschungsbewilligung beim Widerspruch nach § 899 B. G. B.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Würde eines Doktors juris utriusque der hohen rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg im Breisgau

vorgelegt von

Rolf Houben
Referendar, Potsdam.

Spezialdruckerei für Dissertationen Dr. Hermann Eschenhagen, KG., Ohlau i. Schl.

1934.

Referent: Herr Professor Dr. Freiherr von Schwerin.
Dekan: Herr Geh.-Rat Professor Dr. Merkel.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Durch die Genehmigung einer Dissertation nimmt die Fakultät nicht Stellung zu den darin ausgesprochenen Anschauungen.

Meinem seligen Vater,
meiner geliebten Mutter.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

I. Der Widerspruch nach § 899 BGB. 1
1. Zweck und Wesen. 1
2. Entstehung. 2
3. Der Ausschluß des öffentlichen Glaubens. . . . 4
4. Absolute oder relative Wirkung. 6

II. Die Löschungsbewilligung. 11

1. Die berichtigende Löschungsbewilligung. 11
2. Die rechtsändernde Löschungsbewilligung. . . . 12
a) Bedeutet sie eine Genehmigung? 13
aa) Ist die Verweigerung der Genehmigung endgültig? 13
bb) Liegt eine Verweigerung der Genehmigung in der Erwirkung eines Widerspruchs? 15
cc) Keine grundsätzliche Annahme einer Genehmigung. 16
b) Enthält sie eine nachträgliche Einigung? . . . 17
c) Die Löschungsbewilligung bedeutet materiell einen Verzicht auf den Widerspruch. 18
aa) Dieser ist zulässig. 19
bb) Er wird erst mit der Löschung wirksam. . . 21
d) Der Widerspruch erlischt auch durch ungerechtfertigte Löschung. 22
3. Wer muß die Löschung bewilligen? 23
a) Die als Inhaber des geschützten Rechts benannte Person! 23
b) Die aus der absoluten Wirkung des Widerspruchs Berechtigten? 24
c) Der Inhaber eines auf dem geschützten Recht ruhenden dinglichen Rechts! 25
d) Ein Gesetzesvorschlag. 29
4. Hat die Löschung des Widerspruchs rückwirkende Kraft? 30
a) Die Löschung auf Grund einer Löschungsbewilligung. 30
aa) Heinsheimers Ansicht und ihre Widerlegung. . 30
bb) Eigene Stellungnahme. 32
b) Die Löschung wegen Aufhebung der einstweiligen Verfügung aus § 899 BGB. 34

Seite

aa) Wird die einstweilige Verfügung selbst rückwirkend beseitigt? 34
bb) Welche Folgerungen ergeben sich aus § 868 ZPO., 36
cc) und aus § 945 ZPO.? 37

Schrifttum.

Arnheim: Kommentar zur Grundbuchordnung, 2. Aufl., 1913.

Biermann: Kommentar zum Sachenrecht des BGB., 3. Aufl., 1914.

— Widerspruch und Vormerkung. Fischers Abhandlungen, Bd. 8, S. 385 ff.

Bleier: Der Widerspruch im Grundbuch. Diss. Erlangen, 1929.

Boehm: Das materielle und formelle Reichsgrundbuchrecht. 1898.

Du Chesne: Berichtigungsanspruch und Widerspruch. Sächs. Arch. f. Rpfl. 1906, 289 ff.

Cosack-Mitteis: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. II. 1., 7. und 8. Aufl. 1924.

Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. III. 1905.

Dernburg: Das Bürgerliche Recht. Bd. III. Sachenrecht. 4. Aufl. 1908.

Eccius: Einigung und dinglicher Vertrag im Sachenrecht. Gruch. 47, 51 ff.

Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. II. 1. Sachenrecht. 8. und 9. Aufl. 1905.

Enneccerus: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Allg. T. bearb. v. Nipperdey, 13. Bearb. 1931.

Frey: Arten und Wirkungen der Widerspruchseintragung in Grundbuchsachen. ZBl. FG. 3. 557 ff.

Fuchs: Grundbuchrecht. Bd. I. Materielles Grundbuchrecht. 1902.

— Zur Lehre von der Vormerkung. LZ. 1914, S. 1 ff.

Güthe: Unrichtigkeit des Grundbuchs im Gebiete der Vormerkung. Gruch. 57, 1 ff.

J. v. Gierke: Sachenrecht. 2. Aufl. 1928.

Otto Gierke: Deutsches Privatrecht. Bd. II. Sachenrecht, 1909.

Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch, Bd. II, Sachenrecht, 1912.

Güthe-Triebel: Grundbuchordnung, 5. Aufl. 1929.

Heinsheimer: Zwei Beiträge zur Lehre vom Widerspruch. Gruch. 69, 401 ff.
Kohler: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. II. 2. Sachenrecht, 1919.
Kranichfeld: Zum Widerspruchsvermerke im Grundbuch. Sächs. Arch. f. Rpfl. 1910. 393 ff.
Kretzschmar: Das Sachenrecht des BGB. 1906.
Maenner: Das Sachenrecht. 2. Aufl. 1909.
Meikel: Grundbuchordnung. 3. Aufl. 1932.
Mugdan: Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. III. 1899.
Neumann: Handausgabe des BGB. 6. Aufl. 1912.
Oberneck: Reichsgrundbuchrecht. 4. Aufl. 1909.
Oertmann: Bürgerliches Gesetzbuch. Allgemeiner Teil. 3. Aufl. 1927.
— Recht der Schuldverhältnisse. Teil II. 5. Aufl. 1929.
Planck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. I, 4. Aufl. 1913; Bd. II, 2. Aufl. 1928; Bd. III, 4. Aufl. 1920, zu §§ 854—902, 5. Aufl. 1932.
Predari: Die Grundbuchordnung. 2. Aufl. 1913.
Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des BGB. Bd. III, 1899. Bd. IV, 1897.
RGRKom.: Das Bürgerliche Gesetzbuch, erläutert von Reichsgerichtsräten, 7. Aufl. 1929.
Rosenberg: Sachenrecht. I. Halbbd. 1919.
Sawitz: Der Inhalt des Grundbuchs nach § 892 BGB. 1908.
Schilde: Die Unrichtigkeit des Grundbuchs. Diss. Leipzig, 1899.
Seuffert-Walsmann: Kommentar zur ZPO. 12. Aufl. 1933.
Sekler: Die Lehre von der Vormerkung nach dem neuen Reichsrecht, 1904.
Siber: Das Buchrechtsgeschäft, 1909.
Soergel: Kommentar zum BGB. 5. Aufl. 1931.
Staudinger: Kommentar zum BGB. Bd. I. 9. Aufl. 1925. Bd. II. 3. 9. Aufl. 1929. Bd. III. 9. Aufl. 1926.
Stein-Jonas: Kommentar zur ZPO., 12. u. 13. Aufl. 1926.
Stemmler: Die Rückwirkung der Löschung des Widerspruchs. Diss. Leipzig 1929.
Thieme: Grundbuchordnung. 1928.
von Tuhr: Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts. 1910/18.
Turnau-Förster: Das Liegenschaftsrecht. Bd. I. Sachenrecht, 3. Aufl. 1906.

Volmer: Eintragungsfähigkeit der Pfändung des Berichtigungsanspruchs. Gruch. 59. 624 ff.
Walsmann: Der Verzicht. 1912.
Warneyer: Kommentar zum BGB. 2. Aufl. 1930.
Weigelt: Vormerkung und Widerspruch im deutschen Grundbuchrecht. Diss. Breslau 1901.
Willenbücher: Das Liegenschaftsrecht des BGB. und die Reichsgrundbuchordnung. Ausgabe für Preußen, 1904.
Martin Wolff: Sachenrecht. 9. Bearbeitung, 1932.

Entscheidungssammlungen.

Badische Rechtspraxis (BadRpr.).
Deutsche Juristenzeitung (DJZ.).
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (RGZ.).
Höchstrichterliche Rechtsprechung. Beilage zur juristischen Rundschau (HRR.).
Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts (KGJ.).
Jahrbuch für Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts (JFG.).
Juristische Wochenschrift (JW.).
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts (OLG.).
Seufferts Archiv für Entscheidungen der Obersten Gerichte (SeuffA.).
Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen. Ergänzungsband (WarnE.).

I.

DER WIDERSPRUCH NACH § 899 BGB.

1. Zweck und Wesen.

Die Einrichtung des Grundbuchs und insbesondere seine Ausstattung mit öffentlichem Glauben bringen es mit sich, daß derjenige, dessen Grundstücksrecht im Grundbuch nicht oder nicht richtig eingetragen ist, sich in steter Gefahr befindet, daß sein Recht durch den gutgläubigen Erwerb eines auf das Grundbuch vertrauenden Dritten beeinträchtigt wird oder gar verloren geht. Diese Gefahr zu beseitigen, ist der Widerspruch berufen. Denn § 892, I,1 BGB. läßt einen gutgläubigen Erwerb dann nicht zu, wenn ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs eingetragen ist. Der Widerspruch schützt demnach Rechte, und zwar bereits bestehende Grundstücksrechte; er sichert nicht, oder wenigstens nicht unmittelbar, den Berichtigungsanspruch aus § 894 BGB.[1]). Denn dieser ist ja selbst nur dazu da, das falsch eingetragene Recht endgültig zu sichern dadurch, daß es im Grundbuch vermerkt wird. Er ist also ebenso wie der Widerspruch, der das Recht vorläufig schützt, nur Diener des bestehenden Rechts. Er hat keine selbständige Bedeutung, er geht unter, wenn das Recht selbst untergeht, und nur dann. Allerdings wird der Berichtigungsanspruch durch den Widerspruch wenigstens mittelbar geschützt; weil das Recht, auf dem er beruht, geschützt wird, wird auch er gesichert; selbständig aber kann er gar nicht gesichert werden, da er immer von dem Recht abhängig ist. Es ist deshalb Rosenberg zuzustimmen, wenn er[2]) die Auffassung, daß dem Widerspruch der Berichtigungsanspruch zugrunde liege und daß er diesen zu sichern bezwecke, als „halbe Wahrheit" bezeichnet. Der Widerspruch ist eine Schutzeintragung für das zugrunde liegende dingliche Recht, nicht für den Berichtigungsanspruch[3]). Er ist auch nicht selbst ein Grundstücksrecht; weder für das Grundstück noch für das

[1]) So OLG. 8. 109; KGJ. 36 A, 178; Soergel § 899, 1; Fuchs § 899 Einl.; Du Chesne S. 289.

[2]) § 899, V 3.

[3]) RGZ. 65, 102; OLG. 12, 166; KGJ. 49 A, 281; Oberneck S. 464; Volmer S. 664.

Recht, gegen das er sich richtet, stellt der Widerspruch eine dingliche Belastung dar. Er ist ein vorläufiges Schutzmittel, ein Rechtsbehelf, aber kein Recht[4]). Deshalb nimmt er am öffentlichen Glauben des Grundbuchs nicht teil, und niemand wird in seinem Vertrauen auf den eingetragenen Widerspruch geschützt. Aber auch das Recht, das der Widerspruch zu schützen bestimmt ist, ist durch die Eintragung des Widerspruchs nicht schon selbst ein eingetragenes Recht[5]). Der Widerspruch ist ja nur eine vorläufige Eintragung. Er stellt nicht endgültig klar, daß das Recht besteht. Vor der endgültigen Klarstellung, die im Grundbuch durch Eintragung des gesicherten oder durch Löschung des von dem Widerspruch betroffenen Rechts erfolgt, ist das geschützte Recht aus dem Grundbuch nicht ersichtlich. Es genießt deshalb auch nicht den Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs; wer es erwirbt, handelt auf eigene Gefahr; § 892 BGB. schützt ihn nicht. Treffend sagt Wolff[6]): „Ist ein Widerspruch eingetragen, darf man weder dem Bucheintrag noch dem Widerspruch trauen".

Bevor wir uns aber mit der Frage befassen, warum man dem Bucheintrag nicht trauen darf, müssen wir zunächst prüfen, auf welche Weise der Widerspruch eigentlich entsteht.

2. Entstehung.

§ 899 BGB. sagt, daß die Eintragung eines Widerspruchs erfolgen kann auf Grund einer einstweiligen Verfügung oder auf Grund der Bewilligung des Betroffenen, d. h. dessen, gegen den sich der Berichtigungsanspruch des § 894 BGB. richtet. Sie sind beide materiell-rechtliche Voraussetzungen für die Entstehung des Widerspruchs. Sind sie nicht wirksam, so kann auch der Widerspruch trotz seiner Eintragung im Grundbuch keine Wirkungen äußern. Ebenso wie zur Entstehung eines Grundstücksrechts in der Regel auch eine wirksame Einigung erforderlich ist, entsteht auch der Widerspruch nur, wenn eine wirksame materielle Eintragungsbewilligung vorliegt. „Die Eintragungsbewilligung des § 899 steht rechtlich

---

[4]) RGZ. 117, 351; HRR. 1928, 842; KGJ. 49 A, 281; Rosenberg § 899, 2 a; Staudinger § 899, III, 2; Biermann S. 480; Sawitz S. 119; Maenner S. 76 Anm. 16.

[5]) KGJ. 26 A 253; Rosenberg § 899, IV, 2 a; Wolff, S. 141; Biermann S. 482; Sawitz S. 120; Maenner S. 76.

[6]) § 47, III, 3.

der Einigung des § 873 gleich“[7]), sie ist materiellrechtliche, nicht formellrechtliche Voraussetzung[8]).

Deshalb ist es auch irrig, wenn mitunter[9]) gesagt wird, es würde schon aus § 19 GBO. folgen, daß ein Widerspruch auch auf Grund der Bewilligung des Betroffenen eingetragen werden kann. Das Gesetz hat das nicht „besonders“, m. a. W. überflüssigerweise, ausgedrückt, sondern es hat etwas Neues bestimmt; es hat neben die formelle Eintragungsvoraussetzung des § 19 GBO. die materielle Entstehungsvoraussetzung des § 899 BGB. gesetzt. Von Bedeutung ist dieser Unterschied besonders dann, wenn der Widerspruch auf Grund einer gefälschten Eintragungsbewilligung eingetragen wurde. Denn dann ist die Sollvorschrift des § 19 GBO. zwar äußerlich beachtet, der Widerspruch aber ist nur dann entstanden, wenn der Betroffene selbst wirklich die Eintragung in irgend einer anderen Weise bewilligt hat; die materiellrechtliche Bewilligung unterliegt nämlich auch nicht der Formvorschrift des § 29 GBO.; sie kann durchaus formlos erfolgen[10]). In der Praxis allerdings werden die formellrechtliche und die materiellrechtliche Eintragungsbewilligung in der Regel beide zusammen in der öffentlich beglaubigten Erklärung enthalten sein; deshalb sind sie aber doch von einander zu unterscheiden.

Auch die einstweilige Verfügung, die die Eintragung eines Widerspruchs anordnet, ersetzt beide Bewilligungen. Sie ist ebenso materielle Entstehungsvoraussetzung, wie die Bewilligung des Betroffenen, und steht genau wie diese der Einigung des § 873 gleich[11]). Deshalb ist es auch nicht richtig, wenn Güthe-Triebel zwar die Eintragungsbewilligung als materiellrechtliche Voraussetzung ansehen[12]), die einstweilige Verfügung aber nur an die Stelle der formellen Eintragungsbewilligung des § 19 GBO. treten lassen[13]). Auch die einstweilige Verfügung ist zugleich materielle Voraussetzung. Nur daraus erklärt es sich, daß allgemein der Widerspruch für unwirksam erachtet wird, wenn die ihn anordnende einstwei-

---

[7]) Goldmann-Lilienthal, Seite 263, 24; Planck § 899 3 a; Fuchs § 885, 2; Staudinger § 885 I 2 b.

[8]) Güthe-Triebel § 19, 20; Oberneck S. 437; a. A.: Stemmler S. 2.

[9]) Predari S. 90; Schilde S. 73.

[10]) h. M., z. B.: Güthe-Triebel § 19, 20; RGRK. § 885, 2; Planck § 885, 2 b δ; a. A.: Predari Einl. § 8, II, 1 S. 104; v. Staudinger § 885, I, 2, c sowie die früheren Auflagen von Güthe-Triebel.

[11]) Goldmann-Lilienthal S. 263, 24.

[12]) § 19, 20.

[13]) § 19, 125.

lige Verfügung unwirksam ist[14]). Wäre sie nur formelle Voraussetzung, so käme es auf ihre Wirksamkeit nicht an; der Widerspruch wäre lediglich durch die Eintragung wirksam entstanden.

Als weitere Entstehungsvoraussetzung kommt die Eintragung des Widerspruchs hinzu, die auf Grund der von der materiellen Bewilligung des § 899 BGB. sachlich verschiedenen formellen Eintragungsbewilligung des § 19 GBO. erfolgt. Denn § 892, I,1 BGB. schließt die Wirkung des öffentlichen Glaubens nur aus, wenn ein Widerspruch eingetragen ist, setzt also die Eintragung des Widerspruchs als Entstehungsvoraussetzung neben die materielle Bewilligung entsprechend dem Grundgedanken, dem der Gesetzgeber in § 873 BGB. für das Buchrechtsgeschäft Ausdruck gegeben hat.

3. Der Ausschluß des öffentlichen Glaubens.

Wenn nun über das von dem Widerspruch betroffene Recht verfügt wird, so ist diese Verfügung nicht um des Widerspruches willen unwirksam, sie ist nicht unwirksam, weil ein Widerspruch eingetragen ist und sie trotzdem vorgenommen wird, sondern wenn der Widerspruch berechtigt ist, ist sie unwirksam, weil dem Verfügenden das veräußerte Recht nicht zusteht, weil er als Nichtberechtigter verfügt[15]). Der Widerspruch sagt nicht, das Grundbuch ist unrichtig, deshalb ist jede Verfügung unwirksam, sondern er macht nur darauf aufmerksam, daß es u. U. unrichtig sein könnte[16]). Wer trotzdem auf seinen Inhalt vertraut, tut dies auf eigene Gefahr; er kann nicht verlangen, daß sein Vertrauen auf den Grundbuchinhalt geschützt wird. Durch den Widerspruch wird die Möglichkeit beseitigt, auf Grund guten Glaubens mehr Rechte zu erwerben als dem Veräußerer zustehen. Besteht das Recht, das der Widerspruch schützen soll, tatsächlich in dem durch den Widerspruch behaupteten Umfang, hat der Veräußerer als Nichtberechtigter verfügt, so muß sich der Erwerber so behandeln lassen, als hätte er die Unrichtigkeit des Grundbuchs, die Nichtberechtigung des Veräußerers beim Erwerbe gekannt[17]). Deshalb ist die Ausdrucksweise der Protokolle[18]) „eine gegen

---

[14]) z. B. RGZ. 67, 159; 81, 289 OLG. 23, 348; Rosenberg § 899 III 2 b.
[15]) Sekler S. 295; Goldmann-Lilienthal S. 328 Anm. 80.
[16]) Biermann S. 475; Cosack-Mitteis S. 109.
[17]) RG. Warn. 09, 68 = RGZ. 69, 269; Rosenberg § 899, IV, 1 a.
[18]) 3, 112.

den Widerspruch verstoßende Veräußerung oder Belastung ist nichtig" aus einem doppelten Grunde unrichtig. Einmal ist eine Verfügung nicht unwirksam, weil sie „gegen einen Widerspruch verstößt", ohne Rücksicht darauf, ob der Widerspruch zu Recht eingetragen ist oder nicht, sondern deshalb, weil ein Nichtberechtigter das geschützte Recht beeinträchtigt hat[19]). Dann aber handelt es sich um die Verfügung eines Nichtberechtigten, die nach § 185 BGB. durch Genehmigung des Berechtigten mit Wirkung ex tunc wirksam werden kann, vorausgesetzt, daß das veräußerte Recht überhaupt besteht, daß z. B. die Hypothek nicht etwa mangels Einigung überhaupt keine Grundstücksbelastung darstellt, auch keine Eigentümerpost, so daß ihre Abtretung gar nicht genehmigt werden kann. Von „Nichtigkeit" aber sprechen wir nur im Falle unheilbarer Unwirksamkeit.

Der Widerspruch beseitigt nur den öffentlichen Glauben[20]) des Grundbuchs. Über die Wirksamkeit einer Verfügung, die trotz dem Widerspruch vorgenommen wird, entscheidet danach allein die materielle Rechtslage. Besteht das durch den Widerspruch geschützte Recht nicht, so sind diese Verfügungen voll gültig[21]). In § 892 I,1 BGB. wird ein begründeter Widerspruch vorausgesetzt; nur unter dieser Voraussetzung wird gutgläubiger Erwerb gehemmt[22]), ein Grundsatz, den z. B. im englischen Recht sect 52 Land Registration Act von 1925 dahin ausdrückt, daß eine notice wirkt „only if and so far as such" (d. h. die durch die notice geschützten) „estates, rights and claims may be valid". Kann man also in weiterem Sinne der notice die Wirkung eines Ausschlusses gutgläubigen Erwerbs beilegen, so werden mit dieser Wirkung gesetzlich direkt ausgestattet z. B. die Streitanmerkung des Österreichischen Rechts (§ 61 GBG.) und die Vormerkung nach § 961 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches[23]).

Es ist also nicht allein das geltende deutsche Recht, das durch den Widerspruch wieder auf den alten römischen Satz zurückgreift: „Nemo plus iuris transferre potest quam ipse

---

[19]) Sekler S. 295; Goldmann-Lilienthal S. 328 Anm. 80.

[20]) Um eine praesumptio iuris et de iure für die Richtigkeit des Grundbuchs, von der Biermann (S. 475) spricht, handelt es sich nicht; eine solche müßte auch gegenüber der Kenntnis des Erwerbers wirken.

[21]) Warneyer § 899, III; Biermann § 899, 3; v. Gierke S. 41; Bleier Seite 11.

[22]) RGZ. 128, 55; RG. Seuff. Arch. 84, 233.

[23]) Vgl. auch ALR. § 11, I, 10.

habet"[24]), den § 892 im Anschluß an älteres deutsches Recht[25]) im Interesse der Verkehrssicherheit grundsätzlich verdrängt. Wenn der Staat die Eintragung von Rechtsverhältnissen in ein von ihm geführtes Buch vorschreibt, so verlangt die Verkehrssicherheit notwendigerweise, daß er dem auf die Richtigkeit dieses Buches Vertrauenden auch einen Schutz gewährt, der andererseits eine Grenze findet in dem Prinzip der Rechtssicherheit, in den berechtigten Interessen des wahren Berechtigten. Die Regelung des § 892 BGB. ist also letzten Endes eine Interessenabwägung, wie sie auch bei einer Neugestaltung unseres Rechts vorgenommen werden muß. Dabei wird zu beachten sein, daß der bösgläubige Erwerber keinen Schutz verdient und daß ihn ebenso wenig der verdient, der ein Grundrecht erwirbt, obgleich er durch den Widerspruch darauf aufmerksam gemacht wird, daß der Buchstand u. U. falsch ist. Es kann sich u. E. de lege ferenda allenfalls darum handeln, die grobfahrlässige Unkenntnis der Kenntnis von der Unrichtigkeit des Grundbuchs gleichzustellen und die Regelung des Liegenschaftsrechts der des Fahrnisrechts (§ 932 BGB.) anzugleichen, m. a. W. das Kennen dem Kennenmüssen gleichzustellen, wie es das Schweizerische Zivilgesetzbuch § 974 auch für das Liegenschaftsrecht tut. Eine solche Änderung des geltenden Rechts würde aber nur eine neue Streitmöglichkeit einführen, während es der durch sie gebotenen Erhöhung des Schutzes des wahren Berechtigten deshalb nicht bedarf, weil er in der Lage ist, durch Erwirkung eines Widerspruchs sich selbst genügend zu schützen.

Bei einer Beibehaltung des Privateigentums, wie sie für das kommende deutsche Recht nicht zweifelhaft sein kann, wird man deshalb zweckmäßigerweise auch die Regelung des § 892, I BGB. beibehalten. Denn sie verbindet die Sicherheit des Rechtsverkehrs mit der Sicherung des Rechts selbst, wodurch der Grundsatz vom Privateigentum erst zur folgerichtigen Ausgestaltung kommt.

4. Absolute oder relative Wirkung.

Der Widerspruch nimmt also die Möglichkeit, auf Grund guten Glaubens ein nicht, oder wenigstens nicht so, bestehendes Recht zu erwerben. Er hat diese Wirkung aber nur bezüglich des Rechtes, zu dessen Schutz er eingetragen ist. Das

[24]) Ulpian Dig. 50, 17, 54.
[25]) Vgl. hierüber Mot. 3, 9.

Grundbuch wird seines öffentlichen Glaubens nicht schlechthin beraubt. Wenn z. B. M. einen Widerspruch erwirkt hat, weil seine Hypothek zu Unrecht gelöscht sei, kann sich nicht N. auf seinen Widerspruch berufen, weil seine, des N., Hypothek, die nicht mit der des M. identisch ist, irrtümlicherweise gelöscht sei. Ebensowenig kann M. selbst behaupten, daß nicht seine Hypothek, sondern sein Nießbrauch unrechtmäßig gelöscht sei, und nun für den Nießbrauch den Schutz des Widerspruchs in Anspruch nehmen. Der Widerspruch gilt also zwar zu Gunsten des Rechts, zu dessen Schutz er dienen soll, unbedingt, auch insoweit, wie andere Gründe als die, die seine Eintragung veranlaßten, ihn rechtfertigen. Aber er wirkt doch nur bezüglich dieses einen Rechts[26]). Deshalb kann Schilde zugestimmt werden, wenn er sagt[27]): „Was das Publizitätsprinzip anlangt, so wird der, der einen Widerspruch im Grundbuch vorfindet, sich erkundigen, ob dem Widersprechenden ein wirkliches Recht zusteht; überzeugt er sich davon, daß dies nicht der Fall ist, so kann ihm beim Erwerb des fraglichen Rechts der Umstand nicht entgegengehalten werden, daß einem Dritten Rechte zustanden, die ihm unbekannt waren und für die ein Widerspruch nicht eingetragen war". Nur die Folgerung, die Schilde daraus zieht, ist irrig. Es bedeutet dieser Satz keineswegs eine nur relative, nur auf den Widersprechenden selbst beschränkte, Wirksamkeit des Widerspruchs. Die Beschränkung, die dieser Satz enthält, bezieht sich nicht auf den Personenkreis, sondern auf das geschützte Recht. Nur bezüglich dieses einen Rechts wird der gute Glaube zerstört, insoweit aber auch mit Wirkung für alle, die aus diesem Recht in weitestem Umfange selbst Rechte herleiten.

Wenn ein Widerspruch eingetragen ist, so wird es so angesehen, als ob das durch ihn geschützte Recht selbst aus dem Grundbuch ersichtlich ist[28]). Alle Verfügungen, die mit diesem Recht nicht in Einklang zu bringen sind, sind unwirksam. Wenn nun z. B. der Hypothekar 2 geltend macht, die Hypothek 1 sei unwirksam und nicht gutgläubig erworben, weil der Eigentümer einen Widerspruch gegen diese habe eintragen lassen, so stützt er sich auf die Unbeschränktheit des Eigentums. Dieses geschützte Recht macht er letzten Endes geltend. Er beruft sich also gar nicht auf ein Recht,

[26]) OLG. 44, 59; JFG. 2, 293/94; Wolff, Seite 140; RGRKomm. § 892, 9.

[27]) Seite 80.

[28]) Staudinger § 899, III, 1 b; RGR. Komm. § 899, I, 1.

das nicht durch den Widerspruch ersichtlich gemacht war, sondern er macht tatsächlich das gesicherte Recht geltend. Daß er das kann, beruht darauf, daß das Recht, welches der Widerspruch schützt, selbst ein dingliches Recht ist, ein Recht, das für und gegen jeden Dritten wirkt. Wenn der Widerspruch nicht wegen eines dinglichen Rechtes, sondern wegen einer relativen Verfügungsbeschränkung eingetragen ist, so wirkt auch er nicht weiter als die relative Verfügungsbeschränkung selbst; dann wirkt auch er nur zu Gunsten eines bestimmten Dritten, nämlich des Widersprechenden[29]). Der Widerspruch wirkt immer so weit, wie das durch ihn geschützte Recht. Deshalb bedeutet seine absolute Wirksamkeit im Falle eines dinglichen Rechts auch keine Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen, nach denen Rechtsbehelfe nur zu Gunsten derer wirken, die sie geltend machen[30]). Denn es handelt sich ja nicht um einen Rechtsbehelf mit prozessualen Wirkungen, sondern um einen solchen mit materiellrechtlichen Wirkungen, die sich auf die dingliche Rechtslage erstrecken und deshalb für und gegen alle wirken. Demnach ist eine trotz dem Widerspruch vorgenommene Verfügung soweit, wie der Widerspruch die Nichtberechtigung des Verfügenden aufdeckt, absolut unwirksam. Es kann sich jeder auf ihre Unwirksamkeit berufen, nicht nur derjenige, zu dessen Gunsten der Widerspruch eingetragen ist. So kann sich, um ein mehrfach gebrauchtes[31]), aber verschieden gelöstes Beispiel zu verwenden, auf den Widerspruch, den der Grundstückseigentümer gegen die Eintragung einer nicht bestehenden Hypothek hat eintragen lassen, nicht nur er selbst berufen, sondern auch jeder andere, dessen Recht durch die Eintragung beeinträchtigt wird. Der nachstehende Hypothekengläubiger braucht nicht einen besonderen Widerspruch eintragen zu lassen, um gegen eine Rangverschlechterung durch gutgläubigen Erwerb geschützt zu sein.

Wollte man das verlangen, so würde das Grundbuch u. U., wenn mehrere Nachberechtigte vorhanden sind, mehrere Widersprüche gegen ein und dasselbe Recht enthalten. Diese vielen Vermerke würden wohl kaum zur Übersichtlichkeit des Grundbuchs beitragen, besonders dann nicht, wenn etwa einige wiederum gelöscht wurden, z. B. weil die

---

[29]) Rosenberg § 899, IV, 1 a; Staudinger § 899, III, 1 c; Neumann § 899, 2 b.

[30]) Schilde Seite 80.

[31]) Rosenberg § 899, IV, 1 a; RGR. Komm. § 899, 1, 6; Goldmann-Lilienthal Seite 328, Anm. 80.

einstweiligen Verfügungen, die ihre Eintragung anordneten, wieder aufgehoben wurden. Trotz der durchaus anderen Sachlage kann man wohl den Gedanken des § 874 BGB. auch hier verwenden: der Gesetzgeber will das Grundbuch klar und übersichtlich erhalten[32]); dem würde es wenig entsprechen, wollte man ohne zwingenden Grund die Eintragung mehrerer Widersprüche verlangen, abgesehen davon, daß dadurch auch unnütze Kosten verursacht würden.

Auch ein anderer Gesichtspunkt spricht gegen die Ansicht, daß der Widerspruch nur relativ wirke: bei einer nur relativen Wirksamkeit würde nämlich in obigem Beispiel der Erwerber gegenüber dem Eigentümer zwar kein Recht erworben haben; wohl aber hätte er kraft guten Glaubens gegenüber den nachstehenden Berechtigten den Rang erworben; ihnen gegenüber gelte das Recht als bestehend, sie wären durch seine Eintragung nicht mehr beeinträchtigt und könnten keine Berichtigung mehr verlangen. Derjenige aber, dem nach dem Zeitpunkt des Erwerbes des vom Widerspruch betroffenen Rechts eine Hypothek eingeräumt wird, erwirbt diese mit dem Rang, der ihr nach dem dem Eigentümer gegenüber wirksamen Belastungen zukommt. Denn das Grundbuch gilt nur zu seinen Gunsten, nicht aber zu seinen Ungunsten als richtig, und er ist bezüglich des Ranges gleichsam Rechtsnachfolger des Eigentümers: in seine Stellung tritt er ein. Ihm gegenüber würde das von dem Widerspruch betroffene Recht also nicht als bestehend gelten; er könnte im Berichtigungsverfahren seine Löschung verlangen. Es könnte also derjenige, für den nach dem Erwerb des nichtbestehenden Rechts ein neues Recht bestellt wurde, die Berichtigung verlangen, nicht aber der, dem dieses Recht schon vorher eingeräumt wurde. Fürwahr, ein merkwürdiges Ergebnis, deshalb merkwürdig, weil der neue Gläubiger nicht als einziger den Vorrang vor der nichtigen Post hätte, — eigentümliche Rangverhältnisse ergeben sich häufiger —, sondern weil er die Löschung der Eintragung verlangen könnte und damit, genau so wie der Eigentümer, die bis dahin relativ unwirksame Post absolut unwirksam machen könnte. Denn wenn der Hypothekar 1 sich überhaupt nicht aus dem Grundstück befriedigen kann, kann er sich auch nicht vor den anderen dinglich Berechtigten befriedigen. Sollen nun aber die dinglich Berechtigten tatsächlich davon abhängig sein, ob der später eingetragene Berechtigte den Widerspruch geltend macht?

[32]) KGJ. 49 A, 208.

Von dem Eigentümer sind sie zwar auch bei der Annahme einer absoluten Wirkung des Widerspruchs insofern abhängig, als er durch nachträgliche Einigung das von dem Widerspruch betroffene Recht zur Entstehung bringen kann und dieses dann nach § 879, II BGB. den Rang an der Stelle seiner Eintragung hat. Sie nun aber auch noch von später eingetragenen Berechtigten abhängig zu machen, würde eine solche Erhöhung der Unsicherheit bedeuten, daß sich dies sowohl mit dem Gedanken der Verkehrssicherheit wie mit dem der Rechtssicherheit (vgl. oben S. 6) keinesfalls vereinigen läßt.

Letztlich darf man auch nicht vergessen, daß in der Praxis in dem Beispielsfalle häufig nur der Eigentümer die Nichtigkeit der Post kennt, nur er die Möglichkeit hat, die Eintragung eines Widerspruchs zu erwirken, während die nachstehend Berechtigten den Verfügungsanspruch, dessen Glaubhaftmachung § 899 BGB. ja nicht unnötig macht, nicht glaubhaft zu machen vermögen. Sie könnten also oft gar nicht selbständig vorgehen und wären schutzlos, wenn der vom Eigentümer zur Eintragung gebrachte Widerspruch nicht auch für sie wirkte.

Nach all dem glauben wir, daß der zur Sicherung eines dinglichen Rechts eingetragene Widerspruch nicht dem Schutze eines bestimmten Berechtigten für seinen Anspruch dient[33]), daß er nicht nur relativ zu Gunsten des Eingetragenen und seiner Rechtsnachfolger wirkt[34]). Vielmehr hat er absolute Wirksamkeit und auf die durch ihn gewahrte Unwirksamkeit einer Verfügung kann sich jeder berufen[35]). Wenn also Dernburg die Ausdrucksweise der Protokolle[36]): „Eine gegen den Widerspruch verstoßende Verfügung ist nichtig", deshalb angreift[37]), weil die Verfügung nur dem Widersprechenden gegenüber, nicht aber allgemein unwirksam sei und man bei solcher Sachlage nicht von Nichtigkeit sprechen könne, so geht dieser Angriff fehl. Daß diese Aus-

---

[33]) So OLG. 8, 109; KGJ. 23 A, 134.

[34]) Oberneck I, 471; Fuchs § 899, 3 b; RGR, Komm. § 899, 1, 6; Willenbücher § 899, 3; Turnau-Förster § 899, I, 3; Kretzschmar § 892, II, 1; Dernburg Seite 186; Schilde Seite 80; Kranichfeld Seite 395; Endemann Seite 395.

[35]) Planck § 899, 5 a; Staudinger § 899, III, 1; Warneyer § 899, III; Rosenberg § 899, IV, 1 a; Biermann § 899, 3 a; Boehm § 883, I; Neumann § 899, 2 b; Wolff Seite 140; v. Gierke Seite 41; Crome Seite 169/170; Goldmann-Lilienthal Seite 328, Anm. 80; Bleier Seite 20; Sekler Seite 295.

[36]) Bd. 3, Seite 112.

[37]) Seite 186.

drucksweise aus anderen Gründen allerdings zu rügen ist, haben wir oben (Seite 5) bereits erwähnt.

De lege ferenda sind wir der Meinung, daß die absolute Wirkung, die die jetzt wohl herrschende Meinung dem zu Gunsten eines dinglichen Rechts eingetragenen Widerspruch beilegt, beizubehalten ist, da nur sie dem Wesen der dinglichen Rechte gerecht wird und den Verkehrsbedürfnissen entspricht.

II.
DIE LÖSCHUNGSBEWILLIGUNG.

1. Die berichtigende Löschungsbewilligung.

Wie wir oben (Seite 4) schon gesehen haben, äußert nur der berechtigte Widerspruch Wirkungen; ist er grundlos eingetragen, ist er auch wirkungslos. Das bedeutet zugleich, daß bei einem Untergang des durch den Widerspruch geschützten Rechts auch der Widerspruch erlischt und zwar sofort; die Löschung — Erlöschen und Löschung des Widerspruchs sind streng von einander zu unterscheiden[1]) — hat nur berichtigende, keine rechtsändernde Bedeutung. Denn der Widerspruch kann nicht durch die Löschung irgendwelche Wirkungen verlieren, die er nie gehabt hat oder die er bereits durch einen Vorgang außerhalb des Grundbuchs verloren hat[2]). Seine Eintragung im Grundbuch macht dieses allerdings unrichtig; denn wenn der Widerspruch auch weder ein Recht am Grundstück ist noch eine rechtliche Verfügungsbeschränkung, so enthält er doch eine tatsächliche Verfügungshinderung. Denn es wird recht schwer fallen, ein Recht zu veräußern, bei dem der Erwerber damit rechnen muß, daß er es nicht erwirbt[3]). Diese tatsächliche Beeinträchtigung berechtigt den Inhaber des betroffenen Rechts, von dem Widersprechenden die Berichtigung des Grundbuchs, d. h. die Löschung des Widerspruchs zu verlangen (§ 894 BGB.)[4]). Diesen Berichtigungsanspruch erfüllt der eingetragene Widerspruchsberechtigte dadurch, daß er die Löschungsbewilligung erteilt. Durch die Löschung wird die tatsächliche Verfügungs-

---

[1]) Bleier Seite 28.

[2]) Ist z. B. gegen eine mangels wirksamer Einigung nichtige Hypothek ein Widerspruch eingetragen und es erfolgt nachträglich eine gültige Einigung, so geht damit das durch den Widerspruch geschützte Recht unter, und dieser selbst wird unwirksam (vgl. oben S. 4 f.).

[3]) Rosenberg § 899, IV, 1 a.

[4]) Planck § 894, II, 3 a.

hinderung beseitigt, die Möglichkeit, notfalls nur durch guten Glauben zu erwerben, wieder hergestellt und dadurch die Parteien im Streitfalle, sofern nicht eine Kenntnis des Erwerbers von einer Unrichtigkeit des Grundbuchs behauptet wird, des Beweises darüber enthoben, ob das geschützte Recht nun besteht oder nicht. Insofern ist die Löschung allerdings von Wichtigkeit.

2. Die rechtsändernde Löschungsbewilligung.

Wenn nun das durch den Widerspruch geschützte Recht besteht, dieser zu Recht eingetragen ist, so kann man je nach der Lage des Falles der Löschungsbewilligung verschiedene Bedeutungen beimessen. Gewiß ist diese in erster Linie die nach § 19 GBO. zur Vornahme einer Eintragung in das Grundbuch erforderliche Bewilligung des von dieser Eintragung Betroffenen; deshalb wird sie ja im allgemeinen in der Form der öffentlichen Beglaubigung abgegeben, die § 29 GBO. für die formellen Eintragungsbewilligungen vorschreibt. Eine solche formelle Bewilligung wird aber schließlich nicht erteilt, ohne daß ein Grund dafür vorliegt. Da eine Berichtigung des Grundbuchs wegen Unbegründetheit des Widerspruchs diesmal nicht in Frage kommt, kann der Grund nur in einer materiell-rechtlichen, eine Aenderung des bisherigen Rechtszustandes bezweckenden Willenserklärung liegen[5]). Diese ist in der Löschungsbewilligung zugleich mitenthalten, die gleichsam eine Doppelnatur hat: sie ist formelle Löschungsbewilligung und materielle Rechtsänderungserklärung zugleich. Als letztere aber kann sie mancherlei Bedeutungen haben.

Ist z. B. eine Hypothek von einem Vertreter ohne Vertretungsmacht bestellt und hat der Eigentümer einen Widerspruch erwirkt, so kann man in der Löschungsbewilligung sowohl eine Genehmigung der Hypothekenbestellung erblicken als auch eine nachträgliche Einigung des Eigentümers selbst mit dem eingetragenen Gläubiger. Hat ein nur Buchberechtigter eine Verfügung getroffen und ist ein Widerspruch eingetragen, weil der Erwerber bösgläubig war, so kann die Bewilligung der Löschung des Widerspruchs die gleiche Bedeu-

---

[5]) Glaubt der Bewilligende irrig, sein Recht bestehe nicht, und erteilt er daher eine Löschungsbewilligung, so unterliegt diese der Anfechtung nach den allgemeinen Bestimmungen. Durch die Anfechtung wird die Löschungsbewilligung unwirksam, die Löschung hätte nicht erfolgen dürfen. Es handelt sich also um einen Fall unrechtmäßiger Löschung (vgl. unten Seite 22).

tung haben wie in dem ersten Fall; sie kann darüber hinaus aber auch die Einwilligung des wahren Berechtigten zu einer noch vorzunehmenden Verfügung des bösgläubigen Erwerbers enthalten, eine Möglichkeit, die bei jenem Fall deshalb ausscheidet, weil mangels einer wirksamen Einigung überhaupt keine Grundstücksbelastung besteht. Oder wenn ein dingliches Recht zu Unrecht gelöscht ist, so kann in der Bewilligung der Löschung des deswegen eingetragenen Widerspruchs ein Verzicht auf das dingliche Recht liegen.

Wenn irgendwelche besonderen Umstände vorliegen, vornehmlich etwa Parteivereinbarungen oder einzelne Aeußerungen des die Löschung Bewilligenden, so kann man zweifellos eine den vorstehend angedeuteten Möglichkeiten entsprechende materielle Bedeutung der Löschungsbewilligung als vorliegend annehmen. Was aber bedeutet sie grundsätzlich, d. h. dann, wenn keine besonderen Umstände ersichtlich sind und man lediglich aus dem Vorliegen einer ordnungsgemäßen Löschungsbewilligung Schlüsse ziehen muß?

Unseres Erachtens enthält die Löschungsbewilligung dann materiell nur einen Verzicht auf den Widerspruch selbst.

a) Bedeutet sie eine Genehmigung?

Die Möglichkeit, eine Unrichtigkeit des Grundbuchs durch nachträgliche Genehmigung des unwirksamen Rechtsgeschäfts durch den wahren Berechtigten zu beseitigen, besteht wohl in den meisten Fällen; eine solche Genehmigung ist zulässig nach § 185, II BGB. — Verfügungen eines Nichtberechtigten im eigenen Namen — oder bei Verfügungen eines Vertreters ohne Vertretungsmacht nach § 177 BGB., der nach allgemeiner richtiger Meinung auch auf dingliche Verträge Anwendung findet[6]). Die Genehmigung erfolgt durch einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung, die das genehmigte Rechtsgeschäft zu einem von Anfang an wirksamen macht; ihr Gegenstück ist die Verweigerung der Genehmigung.

aa) Ist die Verweigerung der Genehmigung endgültig?

Durch sie wird die bis dahin schwebend unwirksame Vereinbarung endgültig unwirksam. Ob das schlechthin für alle Fälle gilt, in denen eine Genehmigung die Wirksamkeit her-

[6]) RGZ. 69, 267; KGJ. 22 A 146; Planck § 177, II; Staudinger § 177, 7; Oertmann § 177, 6; RGR. Komm. § 177, 1; Enneccerus Seite 558, Anm. 4; v. Tuhr II, 2, Seite 441, a. A. Eccius, Gruch. 47, 61 ff., DJZ. 02, 61.

beiführen kann oder ob die Verweigerung u. U. widerruflich ist, ist bestritten. Das Reichsgericht hat erst kürzlich[7]) den Standpunkt eingenommen, daß die Verweigerung auch im Falle des § 185, II BGB. eine unwiderrufliche sei, daß durch sie das bis dahin genehmigungsfähige Rechtsgeschäft endgültig unwirksam werde. Trotz der Beschränkung auf § 185, II geht man wohl nicht fehl, wenn man aus dieser Entscheidung den Schluß zieht, daß das Reichsgericht die Verweigerung grundsätzlich und für alle Fälle als unwiderruflich ansieht[8]). Dagegen steht das Schrifttum[9]) überwiegend auf dem Standpunkt, daß die Verweigerung der Genehmigung das Rechtsgeschäft nur in den Fällen endgültig vernichte, in denen das Gesetz es ausdrücklich bestimmt, wie in § 415, II BGB., oder in denen es ein Interesse des anderen Teils an der Klarstellung der Wirksamkeit oder Unwirksamkeit der Vereinbarung anerkennt, wie in § 108, II oder § 177, II BGB. Ein solches Interesse an der Klarstellung besteht aber schließlich bei allen schwebend unwirksamen Geschäften. Soll der Berechtigte, der zunächst die Genehmigung verweigert hat, etwa nach längerer Zeit noch die Verweigerung plötzlich widerrufen können? Denn eine zeitliche Beschränkung für den Widerruf bestände doch nur aus dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben; gerade dieser Gesichtspunkt gibt aber am meisten zu Streitigkeiten Anlaß, weil seine Grenzen notwendigerweise fließend sind. Nein, die Sicherheit des Verkehrs verlangt, daß die einmal erklärte Verweigerung endgültig ist. Das Reichsgericht weist auch mit Recht darauf hin, daß §§ 108, 177, 1396, 1448 BGB. gerade für die Ansicht sprechen, daß der Gesetzgeber grundsätzlich die Verweigerung für unwiderruflich hält. Denn um dem gesetzlichen Vertreter (§ 108 BGB.) eine neue Erklärung zu ermöglichen, muß der Gesetzgeber erst bestimmen, daß eine bereits abgegebene Erklärung unwirksam wird, m. a. W. der Gesetzgeber hält die ursprüngliche Erklärung für endgültig wirksam; und das gilt in gleicher Weise für eine Genehmigungserklärung wie für eine Verweigerungserklärung, eine Ansicht, die allein den Bedürfnissen des Verkehrs entspricht. Es mag sich de lege ferenda empfehlen, eine Bestimmung aufzunehmen, die ganz allgemein die Wirkung einer Genehmigungsverweigerung festlegt, so wie das Gesetz auch die Wirkung einer Genehmigung

[7]) RGZ. 139, 125 ff.
[8]) So auch v. Tuhr II, 2, Seite 246.
[9]) Planck § 184, 3; Staudinger § 184, 2; Oertmann § 182, 10; RGR. Komm. § 177, 2; ebenso auch RG. JW. 1906, 9.

bestimmt. Man könnte z. B. dem § 184 BGB. folgenden Abs. III anfügen: „Durch die Verweigerung der Genehmigung wird das Geschäft unwirksam". Auch nach geltendem Recht aber wird man trotz den durch die verschiedene Ausgestaltung der in Betracht kommenden Bestimmungen hervorgerufenen Zweifeln aus der Fassung der §§ 108, 177, 1396, 1448 BGB. den Schluß ziehen müssen, daß die verweigerte Genehmigung das bis dahin schwebend unwirksame Rechtsgeschäft vernichtet.

bb) Liegt eine Verweigerung der Genehmigung in der Erwirkung eines Widerspruchs?

Für uns erhebt sich nun die Frage, ob die Erwirkung eines Widerspruchs eine Verweigerung der Genehmigung enthält. Es ist klar, daß die genannten Wirkungen nur einer vorbehaltlosen Verweigerung zukommen, die eine endgültige, nicht nur eine vorläufige Willenserklärung darstellt[10]). Wenn nun ein Widerspruch auf Grund der Bewilligung des Betroffenen eingetragen wird, so kann das aus zweierlei Gründen geschehen; es kann der Bewilligende sich vorbehalten, nach Einziehung von Erkundigungen die Berichtigung des Grundbuchs zu bewilligen; es kann aber auch der Widersprechende sich vorbehalten, den Buchstand noch zu einem richtigen zu machen, und nur für die Zwischenzeit geschützt sein wollen. Aus dem Vorliegen eines auf Grund einer Bewilligung eingetragenen Widerspruchs allein kann man deshalb nicht auf eine endgültige Verweigerung einer möglichen Genehmigung schließen. Man wird vielmehr im Gegenteil sagen müssen, wenn „nur" die Eintragung eines Widerspruchs bewilligt wird und nicht gleich die Berichtigung des Grundbuchs, so wollen sich die Parteien gerade noch alle Möglichkeiten offen halten und wollen keine endgültige Verweigerungserklärung abgeben.

Ist nun ein Widerspruch auf Grund einer einstweiligen Verfügung eingetragen, so könnte man sagen, daß der Antrag auf ihren Erlaß als ein gerichtlicher Schritt eine so ernsthafte Maßnahme zur Rechtsverfolgung sei, daß aus ihm der Wille einer vorbehaltlosen Verweigerung erkennbar sei; Endemann[11]) meint ja sogar, daß in jeder Erwirkung eines Widerspruchs klar und deutlich liege, daß der Widersprechende seine Genehmigung versage. Eine endgültige Verweigerungserklärung enthält u. E. aber nur die Erhebung der Klage aus

[10]) RGZ. 139, 126.
[11]) Seite 396.

§ 894 BGB.[12]). Auch der auf Grund einstweiliger Verfügung eingetragene Widerspruch ist nur eine vorläufige Eintragung, nicht nur insofern, als er das Recht des Widersprechenden nicht endgültig klarstellt, sondern seine Vorläufigkeit behält dem Widersprechendem auch die Abgabe von Willenserklärungen vor, die auf den Grund der angeblichen Unrichtigkeit des Grundbuchs von Einfluß sind. Der Wille der Verweigerung kommt erkennbar zum Ausdruck nur in der Geltendmachung des Berichtigungsanspruchs; dieses ist eine abschließende Maßnahme, jenes nur eine vorläufige. So wenig, wie die Möglichkeit einer nachträglichen Einigung durch die Eintragung eines Widerspruchs verwirkt wird[13]), wird durch sie die Möglichkeit einer Genehmigung beseitigt.

cc) Keine grundsätzliche Annahme einer Genehmigung.

Generell kann eine Genehmigung in der Löschungsbewilligung aber nicht erblickt werden; denn die Rechtsfolgen einer solchen Genehmigung sind von denen eines Verzichts auf den Widerspruch zu verschieden. Die Löschung des Widerspruchs, die auf Grund eines Verzichts vorgenommen wird, wirkt nur ex nunc (siehe unten Seite 30 f.); Verfügungen, die vor ihr über das betroffene Recht erfolgt sind, stehen also nicht unter dem Schutz des guten Glaubens; das geschützte Recht konnte durch sie nicht beeinträchtigt werden; erst von dem Augenblick der Löschung an ist der Verzichtende in Gefahr, sein Recht durch den gutgläubigen Erwerb eines anderen zu verlieren. Die Genehmigung aber wirkt ex tunc (§ 184, I BGB.); das Recht, gegen das sich der Widerspruch richtet, gilt nun als von Anfang an wirksam entstanden; wer es inzwischen erworben hat, hat ein bestehendes Recht von seinem wahren Inhaber erworben; auf den guten Glauben kommt es nicht mehr an; der Widersprechende hat durch seine Genehmigung sein Recht selbst zerstört.

Hypotheken und Grundschulden werden ferner in der Regel als verzinsliche bestellt. Auf den Erwerb rückständiger Zinsen erstreckt sich der gute Glaube aber nicht (§ 1159, II BGB.). Zinsen sind also aus dem Grundstück im Falle des Verzichts erst von dem Augenblick an zu zahlen, in dem

[12]) Wird die Klage zurückgenommen, so ist die Verweigerung bereits als endgültige erfolgt; eine Genehmigung ist nicht mehr möglich, sondern nur noch eine Neuvornahme des unwirksamen Rechtsgeschäftes.

[13]) Kretzschmar § 894, III, 2.

das Recht gutgläubig erworben wird. Die Rückwirkung einer Genehmigung erstreckt sich dagegen auch auf die Zinsen; auch für sie haftet das Grundstück von der Zeit des Abschlusses des genehmigten Rechtsgeschäftes, d. h. der Pfandrechtsbestellung an. Auch hier also eine Verschlechterung der Lage des Widersprechenden bei der Annahme einer Genehmigung gegenüber seiner Lage im Falle eines Verzichts.

Schließlich kann auch insofern eine Verschlechterung eintreten, als die schuldrechtlichen Ansprüche des Widersprechenden im Falle eines Verzichts ganz andere sind als im Falle einer Genehmigung. Alle diese Gründe sprechen dagegen, in der Löschungsbewilligung generell eine Genehmigung zu sehen.

b) Enthält sie eine nachträgliche Einigung?

Auch gegen die grundsätzliche Annahme einer nachträglichen Einigung über die Entstehung des vom Widerspruch betroffenen Rechts bestehen durchgreifende Bedenken. Gewiß könnte die aus übereinstimmenden Willenserklärungen beider Parteien bestehende Einigung in der Aushändigung und Annahme der Löschungsbewilligung enthalten sein; das aber auch nur, wenn sie von dem Widersprechenden dem Inhaber des vom Widerspruch betroffenen Rechts ausgehändigt wird oder wenn sie auf Grund einer Vereinbarung zwischen den beiden genannten Personen erteilt wird; denn wenn sie von dem Widersprechenden auf seinen einseitigen Entschluß ausgestellt und dem Grundbuchamt eingereicht wird, so fehlt es ganz an einem Zusammenwirken, bei dem eine nachträgliche Einigung zustande gekommen sein könnte. Grundsätzlich kann sie aber auch in einem solchen äußerlichen Zusammenwirken nicht liegen, sondern bedarf besonderer Anhaltspunkte, die ihrerseits allerdings der Auslegung nach § 133 BGB. fähig sind. Denn der Unterschied zwischen den Folgen eines Verzichts und denen einer Neubestellung ist ebenfalls ein zu großer. Eine Rückwirkung wie bei der Genehmigung tritt hier zwar nicht ein; die nachträgliche Einigung läßt das Recht erst ex nunc entstehen. Es würde aber doch eine wirksame Grundstücksbelastung entstehen, was für den Eigentümer zweifellos einen Nachteil bedeutet und uns veranlassen muß, nicht ohne irgend einen Anhaltspunkt, der die Übernahme einer solchen Belastung erklärlich macht, in der Löschungsbewilligung zugleich eine nachträgliche Einigung zu erblicken.

Auch bei allen anderen möglichen materiellen Bedeutungen der Löschungsbewilligung, z. B. den oben (S. 12) noch genannten, enthält jede andere Annahme als die eines Verzichts auf den Widerspruch eine Benachteiligung des Bewilligenden gegenüber dem Falle eines Verzichts, sei es, daß das angegriffene Recht nachträglich entsteht und damit das geschützte beeinträchtigt wird, sei es, daß das geschützte Recht selbst aufgegeben wird. Eine so weitgehende Wirkung dürfen wir aber nur bei dem Vorliegen besonderer Anhaltspunkte für einen entsprechenden Willen der Parteien annehmen.

c) Die Löschungsbewilligung bedeutet materiell einen Verzicht auf den Widerspruch.

Denn wenn man lediglich aus der Tatsache, daß eine Löschungsbewilligung vorliegt, einen materiellen Schluß ziehen will, so kann man nur den ziehen, der den Bewilligenden in seinen Interessen am wenigsten benachteiligt. Das Nächstliegende ist immer der Wille, das Günstigste zu erreichen, das wenigst Nachteilige auf sich zu nehmen. Das aber ist der bloße Verzicht auf den Widerspruch.

Unsere Ansicht über die materielle Bedeutung der Löschungsbewilligung kann auch nicht dadurch erschüttert werden, daß derjenige, dem diese vorgelegt wird, nun etwa annehmen darf, daß das bisher angezweifelte Recht wirklich besteht, und daß er etwa verdient, in dieser Annahme geschützt zu werden; m. a. W. daß der Schein etwa dafür spricht, daß der Widersprechende das Recht anerkennt, und daß er diesen von ihm selbst erzeugten Schein gegen sich gelten lassen muß. Sie kann deshalb nicht erschüttert werden, weil der Widerspruch zum Grundbuchrecht gehört, in dessen Bereich man grundsätzlich nur dem Inhalt des Grundbuchs selbst trauen darf. Das Vertrauen auf die Löschung des Widerspruchs verdient erst von der tatsächlich erfolgten Löschung an geschützt zu werden. Gewiß wollen und müssen wir bei der Schaffung eines volksverbundenen Rechts überflüssige formale Bestimmungen beseitigen. „Aber es ist unzweifelhaft, daß nicht alle beseitigt werden können“[14]). Und gerade im Grundbuchrecht brauchen wir sie zur Sicherung der Richtigkeit des Grundbuchs sowie zum Schutz des nationalen Grund und Bodens. Man wird deshalb die Formvorschriften im

[14]) Schraut, Deutsches Recht, 1934, 98.

Grundbuchrecht eher noch verschärfen müssen, wie es in gewisser Weise ja auch schon geschehen ist durch §§ 1, 3 der Bundesratsverordnung vom 15. 3. 1918 (Genehmigungspflichtigkeit der Übereignung von landwirtschaftlichen Grundstücken) und in jüngster Zeit durch § 37 des Reichserbhofgesetzes vom 29. IX. 1933 (Genehmigungspflichtigkeit der Übereignung und Belastung von Erbhöfen); hierhin gehört auch § 4 des Wohnsiedlungsgesetzes vom 22. IX. 1933 (Genehmigungspflichtigkeit der Übereignung, kurz gesagt, städtischer Grundstücke).

Die grundsätzliche Auslegung der Löschungsbewilligung darf deshalb nur von dem objektiv zu beurteilenden Standpunkt des Bewilligenden aus erfolgen. Anderenfalls müßte man den Erwerber ja auch dann schützen, wenn der Bewilligende ausdrücklich erklärt hat, daß er lediglich auf den Widerspruch verzichte, und der Veräußerer dem Erwerber zwar die Bewilligung ausgehändigt, diese Erklärung aber verschwiegen hat. Daß ein Verzicht gemeint ist, kann deshalb nicht nur, sondern muß sogar angenommen werden. Jeder verständige Beurteiler kann die Löschungsbewilligung nur als Verzicht auf den Widerspruch auffassen, zumal der Verzicht in der Regel in Form einer Löschungsbewilligung erklärt werden wird[15]).

aa) Dieser ist zulässig.

Ein solcher ist aber durchaus zulässig. Walsmann[16]) meint zwar, man könne auf den Widerspruch nicht verzichten, weil dieser als etwas rein Faktisches nicht durch eine Willenserklärung, nämlich den Verzicht, beseitigt werden könne. Diese Ansicht ist aber irrig; sie ist die Folgerung daraus, daß Walsmann den Kern der Verzichtsaktion auch im Sachenrecht in der einseitigen Verzichtserklärung sieht[17]). Dabei sagt er selbst, daß im Grundstücksrecht die Wirkung des Verzichts erst mit der Eintragung im Grundbuch eintrete; damit kommt er selbst der richtigen Ansicht nahe. Der Verzicht erlangt aber nicht nur erst mit der Eintragung Wirkung, sondern er ist mit ihr überhaupt erst vollendet. Die Eintragung ist nicht nur conditio sine qua non, wie Walsmann[18]) meint, sondern ebenso causa efficiens wie die Verzichtserklä-

[15]) Meikel § 25, 4 b.
[16]) Seite 86, 87.
[17]) Seite 185.
[18]) Seite 10.

rung[19]). Im Ergebnis hat Walsmann deshalb Recht, wenn er sagt[20]), der Widerspruch kann nur durch Löschung beseitigt werden. Diese Löschung ist aber nicht etwas ganz anderes als der Verzicht, sondern sie vollendet ihn erst (vgl. unten S. 21 f.). Der Verzicht selbst ist für durchaus zulässig zu erachten[21]). Auch ist die Möglichkeit eines Verzichtes nicht etwa auf die Fälle zu beschränken, in denen der Widerspruch auf Grund einer Bewilligung des Betroffenen eingetragen wurde. § 25 GBO. will die Löschung nur erleichtern, nicht aber ihre Zulässigkeit ausschließlich regeln. Deshalb kann man auch auf den auf Grund einer einstweiligen Verfügung eingetragenen Widerspruch verzichten[22]). Ist demnach ein Verzicht auf den Widerspruch zulässig, so haben wir festzustellen, in welchem Zeitpunkt seine Wirkung eintritt. Bevor wir uns hiermit auseinander setzen, müssen wir uns zunächst mit einem im Schrifttum geübten Brauch befassen.

Dort werden Widerspruch und Vormerkung in einer Reihe von Fragen, zu denen auch der Verzicht gehört, gleich behandelt und es wird beim Widerspruch auf die Vormerkung verwiesen[23]). Der Widerspruch dient doch aber der Sicherung eines bereits bestehenden dinglichen Rechts, während die Vormerkung nur die Erfüllung des obligatorischen Anspruchs auf Einräumung eines dinglichen Rechts schützen soll. In jenem Fall besteht bereits ein dingliches Recht, in diesem soll es erst geschaffen werden. Man könnte meinen, daß dieser grundlegende Unterschied eine gleiche Behandlung beider Einrichtungen unmöglich macht. Für diese spricht aber die Geschichte der beiden Institute. Wurden sie doch noch im Preußischen Eigentumserwerbsgesetz von 1872[24]) nicht unterschieden; vielmehr konnte eine „Vormerkung" sowohl zur Erhaltung eines bereits bestehenden Rechts wie auch zur Sicherung des Anspruchs auf Begründung eines Rechts eingetragen werden[25]) [26]). Diesen Charakter als vorläufige Schutz-

---

[19]) Siber Seite 124.
[20]) Seite 87.
[21]) Rosenberg § 899, VI, 1 d; Staudinger § 886, II, d; Güthe-Triebel § 25, 24; Goldmann-Lilienthal Seite 28.
[22]) Predari Seite 481; Oberneck Seite 472; Weigelt Seite 50; Stemmler Seite 7; Güthe-Triebel § 25, 24.
[23]) So Rosenberg § 899, VI, 1 d; Planck § 899, 7; Boehm § 899, IV; Goldmann-Lilienthal Seite 329.
[24]) GS. 1872, 433.
[25]) Vgl. bes. §§ 8, 9, 16, 60, 70.
[26]) Ebenso ist es heute noch im Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Art. 959, 961.

eintragung haben beide im BGB. gewahrt; beiden gemeinsam sind auch die vom Gesetz aufgestellten Voraussetzungen ihrer Eintragung. Das aber rechtfertigt es in der Tat, sie in vielen Punkten übereinstimmend zu behandeln und die über den Verzicht auf eine Vormerkung angestellten Erwägungen auf den Verzicht auf einen Widerspruch zu übertragen.

bb) Er wird erst mit der Löschung wirksam.

Nach § 875 BGB. bedarf die Aufhebung eines Grundstücksrechts grundsätzlich der Aufgabeerklärung des Berechtigten und der Löschung des Rechts im Grundbuch. Diese Bestimmung gilt aber nur für Liegenschaftsrechte; ebensowenig wie sie auf ein Recht an einem solchen Recht Anwendung finden kann, kann sie auch auf den Widerspruch angewandt werden. Denn der Widerspruch schützt nur ein Grundstücksrecht, ist aber selbst kein dingliches Recht (vgl. oben Seite 2). Deshalb kann der Ansicht derer[27]), die § 875 BGB. auf den Verzicht auf den Widerspruch unmittelbar anwenden wollen, keinesfalls beigetreten werden; § 875 ist auf den Widerspruch jedenfalls nicht unmittelbar anwendbar[28]).

Dagegen ist eine vergleichsweise Anwendung zuzulassen. Gewiß bestehen auch hiergegen Bedenken. Wenn Rosenberg[29]) allerdings deshalb Bedenken haben zu müssen meint, weil auch der Widerspruch gegen ein Recht an einem Liegenschaftsrecht, dessen eigene Aufhebung zweifellos nicht unter § 875 fällt, ebenfalls nur durch Löschung erlischt, so kann dem nicht beigepflichtet werden. Denn wir ziehen den Vergleichsschluß nicht deshalb, weil der Widerspruch sich gegen ein Grundstücksrecht richtet, sondern weil er bezüglich seiner Entstehung den allgemeinen grundbuchrechtlichen Grundsätzen unterliegt, während ein Recht an einem Grundstücksrecht auch außerhalb des Grundbuchs begründet werden kann. Dieses Bedenken ist also nicht stichhaltig. Wohl aber ist die Analogie insofern eine beschränkte[30]), als der Widerspruch durch Löschung stets erlischt, auch wenn diese ungerechtfertigt ist (siehe unten Seite 22 f.), während im Falle des § 875 auch eine wirksame Aufgabeerklärung Voraussetzung für den Untergang des Rechts ist[31]). Die Analogie ist

---

[27]) Boehm § 886, II; Fischer-Henle-Titze § 899, 8.
[28]) Planck § 875, 1 a; Staudinger § 899, II a; RGR. Komm § 875, 2; Fuchs § 899, 7; Biermann Seite 605.
[29]) § 883, IV, 7 b.
[30]) Auch hierauf weist Rosenberg § 883, IV, 7 b, hin.
[31]) RGZ. 88, 286.

aber trotz diesen Bedenken deshalb für zulässig zu erachten, weil auch die Voraussetzungen des Entstehens eines Widerspruchs denen für die Entstehung eines Liegenschaftsrechts entsprechen. Denn die einstweilige Verfügung oder die Bewilligung des Betroffenen, auf Grund deren die Eintragung des Widerspruchs erfolgt, sind, wie wir sahen, (vgl. oben Seite 2 f.) materiell-rechtliche Voraussetzungen für die Entstehung des Widerspruchs, der Einigung des § 873 BGB. entsprechend; hier wie dort tritt die Eintragung als weitere Entstehungsvoraussetzung hinzu. Damit entsprechen sich alle Voraussetzungen für die Entstehung eines Grundstücksrechts und für die Entstehung eines Widerspruchs. Es ist naheliegend, aus dieser Gleichheit der Entstehung auch auf die Gleichheit des Unterganges zu schließen und mangels einer ausdrücklichen Bestimmung § 875 BGB. auf den Widerspruch analog anzuwenden[32]).

Wenn einige[33]) Vormerkung und Widerspruch lediglich durch die Verzichtserklärung erlöschen lassen wollen, so muß das als unrichtig bezeichnet werden. Gewiß könnte man aus der beschränkenden Regelung des § 875 entnehmen, daß für den Verzicht auf den Widerspruch eine Löschung gerade nicht erforderlich sei. Ein solcher Gegenteilsschluß kann aber nur mit dem Wortlaut des Gesetzes begründet werden, während für einen Vergleichsschluß sehr viel gewichtigere Gründe sprechen, deren Anwendung umso mehr vorzuziehen ist, als § 875 unmittelbar jedenfalls nicht paßt. Demnach erlischt der Widerspruch nicht schon durch die Verzichtserklärung, sondern erst durch die Löschung[34]).

d) Der Widerspruch erlischt auch durch ungerechtfertigte Löschung.

In diesem Zusammenhang ergibt sich die Frage, ob der Widerspruch auch durch eine ungerechtfertigte Löschung untergeht, ob also z. B. ein Widerspruch erlischt, wenn der durch ihn Berechtigte bei der Abgabe der beglaubigten Löschungsbewilligung geisteskrank ist und auch eine ander-

---

[32]) So auch Güthe-Triebel § 19, 18; Güthe, Gruch. 57, 62; Predari Seite 116, 4; Meikel § 25, 4 b.

[33]) Goldmann-Lilienthal Seite 285, 12; Oberneck Seite 462; RGR. Komm. § 883, 8.

[34]) So z. T. mit anderer Begründung Rosenberg § 899, VI, 1 d; Planck § 886, 1 b; Staudinger § 886, II d; Strecker Seite 914, 5; Fuchs, LZ. 1914, 9; Gierke Seite 342; Wolff Seite 141; Biermann Seite 605; Willenbücher § 899, IV; Weigelt Seite 35.

weitige wirksame materielle Rechtsänderungserklärung nicht vorliegt. Wir hatten gesehen, (oben Seite 1 f.), daß der Widerspruch lediglich eine Schutzeintragung für ein dingliches Recht ist, aber nicht selbst ein solches Recht; er ist nur ein Grundbuchvermerk, der bloß durch die Tatsache seiner Eintragung zu wirken vermag. § 892, I, 1 BGB. schließt den öffentlichen Glauben des Grundbuchs nicht aus, wenn ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs begründet ist, sondern wenn ein solcher eingetragen ist. Der Widersprch soll auf eine eventuelle Unrichtigkeit des Grundbuchs hinweisen, er soll Kenntnis geben; dazu gehört notwendig Publizität, wie sie nur durch die Eintragung im Grundbuch vermittelt wird. Der Widerspruch soll aus dem Grundbuch nicht ersichtliche Rechte ja gerade offenkundig machen; wie könnte er das, wenn er selbst nicht offenkundig wäre! Aus dem Zweck des Widerspruchs ergibt sich daher, daß er derart an die Eintragung gebunden ist, daß mit der Löschung auch seine materiellen Wirkungen erlöschen ohne Rücksicht darauf, ob die Löschung rechtmäßig oder unrechtmäßig erfolgt[35]) [36]).

3. Wer muß die Löschung bewilligen?

a) Die als Inhaber des geschützten Rechts benannte Person!

Bedeutet nun die Abgabe der Löschungsbewilligung materiell grundsätzlich entweder die Erfüllung des Berichtigungsanspruchs aus § 894 oder einen Verzicht auf den Widerspruch selbst, so erhebt sich die Frage, wer eigentlich die Löschung bewilligen muß. Gegner des Berichtigungsanspruchs ist zunächst einmal der, der in der Eintragung des Widerspruchs als Berechtigter benannt ist; gerade deshalb wird ja überhaupt eine bestimmte Person benannt, obgleich der Widerspruch absolute Wirkung hat und auch zu Gunsten der nicht benannten Beeinträchtigten wirkt (vgl. oben Seite 6 f.). Diese benannte Person ist zweifellos berechtigt und muß demnach die Löschung bewilligen.

---

[35]) KGJ. 49 A 182.

[36]) h. M., z. B.: RGR. Komm. § 899, 2; Rosenberg § 899, VI, 1 d; Staudinger § 899, VI b; Goldmann-Lilienthal Seite 329, Anm. 84; a. A. Planck § 899, 7; Güthe, Gruch. 57, 94 ff.; Wolff Seite 136.

b) Die aus der absoluten Wirkung des Widerspruchs Berechtigten?

Aus der absoluten Wirkung des Widerspruchs ergibt sich aber erst die volle Tragweite der aufgeworfenen Frage; sie macht es zweifelhaft, ob nicht etwa auch die nichtbenannten, aber durch den Widerspruch geschützten Beeinträchtigten der Löschung zustimmen müssen. Es liegt auf der Hand, daß § 876 BGB. diese Frage unmittelbar keinesfalls löst. Denn hier stellt der Gesetzgeber das Erfordernis der Zustimmung eines Dritten nur für den Fall auf, daß ein Liegenschaftsrecht mit dem Recht eines Dritten belastet ist. Der Widerspruch ist ja aber gerade kein Grundstücksrecht, noch bedeutet es für ihn eine dingliche Belastung, daß er auch zu Gunsten der nichtbenannten Beeinträchtigten wirkt. Diese Personen ziehen zwar Vorteile aus dem Widerspruch; sie sind damit aber noch nicht Inhaber eines dinglichen Rechts.

Wenn nun § 25 GBO. sagt, daß es der Löschungsbewilligung des Berechtigten nicht bedarf, wenn die den Widerspruch anordnende einstweilige Verfügung aufgehoben ist, so ist der Gedankengang doch der, daß eine Person den Widerspruch erwirkt hat und sie als Berechtigter die Löschung eigentlich bewilligen müßte. Wenn man nun alle, die auf Grund der auch bei einem im Wege der einstweiligen Verfügung eingetragenen Widerspruch eintretenden absoluten Wirkung geschützt sind, als „Berechtigte" ansehen und ihre Löschungsbewilligung verlangen würde, so würde der von dem Widerspruch Betroffene gegen alle diese Geschützten vorgehen müssen, und es würde nicht genügen, daß er in dem Verfahren über die einstweilige Verfügung obgesiegt hat. Denn durch ihre Aufhebung kann nur die Zustimmung der an dem Verfahren Beteiligten ersetzt werden, nicht aber die derjenigen Berechtigten, die an dem Verfahren gar nicht teilgenommen haben; ein richterlicher Entscheid wirkt grundsätzlich nur zwischen den Parteien; Rechtskraftwirkungen gegen andere müssen ausdrücklich vom Gesetz bestimmt werden, wie es z. B. in §§ 265, 325 ZPO. geschieht. Es würde dem Betroffenen also ungemein erschwert, die Löschung des Widerspruchs zu erreichen, und es würden außerdem erhebliche Kosten entstehen, seien es Prozeßkosten, seien es Kosten für die nach § 19 GBO. in beglaubigter Form abzugebende Löschungsbewilligung. Wenn man nun bedenkt, daß es zur Erwirkung einer einstweiligen Verfügung nur der Glaubhaftmachung bedarf, die noch dazu durch eidesstattliche Ver-

sicherung des Antragstellers erfolgen kann, so erscheint schon das allein unbillig, daß die übrigen Personen, für die der Widerspruch wirkt, in die Sache überhaupt hineingezogen werden, die ja auch die zur Berichtigung des Grundbuchs wegen Nichtbestehens des Widerspruchs erfolgende Löschung bewilligen müßten. Man könnte zwar sagen, daß die, die durch den Widerspruch u. U. geschützt sind, es auch in Kauf nehmen müßten, Kosten und Mühe durch die Eintragung des Widerspruchs zu haben. Ihr Schutz ist doch aber nur eine Reflexwirkung des Widerspruchs, die auf der dinglichen Natur aller Liegenschaftsrechte beruht. In genau der gleichen Weise wird ihnen der Schutz durch die Löschung wieder entzogen, und hier finden wir auch den billigen Ausgleich: Dafür, daß sie nicht Gefahr laufen, belästigt zu werden und Kosten zu haben, kann ihnen auch ohne ihre Mitwirkung der Schutz wieder entzogen werden. Nur dies entspricht aber dem Wesen der absoluten Wirkung des Widerspruchs, die lediglich eine Reflexwirkung ist, die nur einen Schutz für die nichtbenannten Beeinträchtigten schafft, aber kein Recht, während der Widersprechende selbst doch immerhin eingetragen und damit Inhaber einer Buchposition ist. Man kann u. E. die Wirkung des Widerspruchs vergleichen mit der Wirkung eines unechten Vertrages zu Gunsten Dritter, bei dem es dem Schuldner freigestellt ist, an den Gläubiger oder einen von mehreren „Dritten" zu leisten. So, wie dort die „Dritten" nicht berechtigt werden, sondern der Vertrag nur in gewisser, reflektierender Weise seine Wirkungen auf sie erstreckt, die ihnen jederzeit ohne ihre Zustimmung wieder entzogen werden können, wirkt hier der Widerspruch auch zu Gunsten nicht selbst Widersprechender, aber durch die angegriffene Eintragung Beeinträchtigter, ohne daß es zur Löschung des Widerspruchs und damit zur Entziehung der sich auf sie erstreckenden Wirkungen ihrer Zustimmung bedarf. U. E. kann § 876 BGB. auch im Wege des Vergleichsschlusses keine Anwendung auf die Löschung des Widerspruchs finden; es bedarf im allgemeinen einer Zustimmung der durch die absolute Wirkung des Widerspruchs Geschützten nicht.

c) Der Inhaber eines auf dem geschützten Recht ruhenden dinglichen Rechts!

Dagegen wird man § 877 BGB. in einem Fall vergleichend anwenden müssen. Wenn nämlich ein Liegenschaftsrecht mit dem Rechte eines Dritten belastet ist, es ist z. B. eine Hy-

pothek verpfändet, und der Inhaber des Liegenschaftsrechts hat einen Widerspruch erwirkt, so gehört dieser Widerspruch gleichsam zum Inhalt des geschützten Rechts. Denn er kann nicht selbständig bestehen; er ist abhängig von diesem Recht, und das Recht wird durch diesen Schutz sicherer und damit wertvoller; er ist so eng mit dem Recht verbunden, daß er in weiterem Sinne als Inhalt des Rechts bezeichnet werden muß. Wird dieses abgetreten, so geht auch der bestehende Widerspruch auf den Zessionar über, er ist nunmehr der unmittelbar Benannte, er muß die Löschung bewilligen. Ebensowenig, wie es keinen Berichtigungsanspruch ohne dingliches Recht gibt, ist auch der Widerspruch ohne ein solches denkbar. Während jener aber unmittelbarer, ständiger Ausfluß des Rechts ist, muß dieser erst durch die Eintragung aus dem Recht geboren werden. Das Recht erhält dadurch ein nicht ohne weiteres bestehendes Mehr, sein Inhalt wird um diesen Schutz erweitert. Um die Verbesserung des Inhalts des Rechts handelt es sich, nicht um die Begründung eines Nebenrechts; denn auch ein solches ist der Widerspruch nicht.

Als Inhalt des Rechts in weiterem Sinne wird der Widerspruch auch von einer Belastung des Rechts betroffen. Ist z. B. die verpfändete Hypothek versehentlich gelöscht worden und hat der Hypothekar deshalb einen Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs erwirkt, so wirkt dieser zweifellos schon auf Grund seiner absoluten Wirksamkeit auch zu Gunsten des Pfandgläubigers. Er ist entstanden aber aus dem Recht heraus und hängt von dessen Bestand ab. Ist dieses nun dinglich belastet, so ist der Pfandgläubiger, dessen Recht mit der Hypothek steht und fällt, in höchstem Maße interessiert daran, sein Pfandobjekt geschützt zu sehen. Für ihn wirkt der Widerspruch jedoch nicht nur reflexartig, sondern weil sein Recht auf dem durch den Widerspruch geschützten Recht lastet, wird er unmittelbarer berechtigt als der nur durch die absolute Wirksamkeit des Widerspruchs Geschützte; er steht dem Widerspruch wesentlich näher als jener; sein Recht lastet auch auf dem gleichsam zum Inhalt des belasteten Rechts gehörigen Widerspruch. Dann ist aber nach § 877 BGB. auch seine Zustimmung zur Löschung des Widerspruchs erforderlich, da sie eine Änderung des Inhalts des Rechts, nämlich einen Verlust des Schutzes, herbeiführt; und zwar muß er zustimmen nicht deshalb, weil er durch die absolute Wirksamkeit des Widerspruchs geschützt ist, sondern darum, weil er ein dingliches Recht an dem durch den Widerspruch geschützten Recht hat. Muß er danach materiell

zustimmen, so ist er formellrechtlich im Sinne von § 19 GBO. von der Löschung betroffen und muß auch die formellrechtliche Löschungsbewilligung abgeben. Daraus ergibt sich zugleich, daß er auch der bloß berichtigenden Löschung des Widerspruchs (siehe oben Seite 11) zustimmen muß und erforderlichenfalls auch gegen ihn der Berichtigungsanspruch aus § 894 BGB. geltend zu machen ist.

Man könnte nun sagen, daß, wenn der zu Gunsten eines belasteten Rechts eingetragene Widerspruch in weiterem Sinne zu seinem Inhalt gehört, auch die Eintragung des Widerspruchs eine Änderung des Inhalts des Rechts, nämlich eine Vermehrung, darstelle, und deshalb nach § 877 BGB. auch hierfür die Zustimmung des Inhabers des belastenden Rechts erforderlich sei. Wenn man aber erst richtig erkannt hat, daß diese Person durch den Widerspruch nicht nur reflexartig, seiner absoluten Wirksamkeit entsprechend, sondern stärker, unmittelbarer geschützt ist, so kann hieraus kein Bedenken entstehen. Vielmehr wird man sagen müssen, daß allgemein bei der Bestellung des belastenden Rechts vorbehalten bleibt, daß der Inhaber des belasteten Rechts erforderlichenfalls von sich aus die Eintragung eines Widerspruchs erwirken darf, ohne die Zustimmung des Gläubigers einholen zu müssen; dies umsomehr, als die Erteilung der Zustimmung von dessen Belieben abhängt und dem Inhaber des belasteten Rechts ein klagbarer Anspruch auf ihre Abgabe allenfalls aus § 826 BGB. zusteht, wenn der Gläubiger ihn durch Vorenthaltung der Zustimmung vorsätzlich zu schädigen versucht, sonst aber nicht, besonders nicht aus § 894 BGB., da das Grundbuch durch das Fehlen eines Widerspruchs ja nicht unrichtig ist. Gewiß denken die Parteien z. B. bei der Pfandrechtsbestellung gar nicht an die Schwierigkeiten, die durch das Gesetz im Falle der Notwendigkeit eines Widerspruchs erwachsen können. Der genannte Vorbehalt ist aber auch gar kein vertraglicher — wenn man das annehmen will, kann man sagen, daß er dem mutmaßlichen Willen des Gläubigers entspricht und deshalb als stillschweigend vereinbart gelten kann —, sondern er gehört zum Inhalt der Pfandrechtsbestellung, allgemein gesagt, zum Wesen des dinglichen Vertrages über die Bestellung eines dinglichen Rechts an dem geschützten Recht. Es ist einerseits Sache des Schuldners, dafür zu sorgen, daß eine ihm als möglich erscheinende Beeinträchtigung seines Rechts und damit auch des Rechts seines Gläubigers durch die Eintragung eines Widerspruchs vermieden wird; andererseits muß der Gläubiger es sich gefallen

lassen, daß auch ohne seine Zustimmung zu Gunsten des belasteten Rechts ein Widerspruch eingetragen werden kann. Auch der Vertrag über die Bestellung eines dinglichen Rechts untersteht dem Grundsatz von Treu und Glauben, nach dem sich die Parteien all dessen enthalten müssen, was dem Sinn des Vertrages widerspricht. Wird nun ein Liegenschaftsrecht mit einem dinglichen Recht belastet, so soll das Recht des Schuldners nur insoweit beeinträchtigt sein, wie es zur Ausnutzung des bestimmten Gläubigerrechts erforderlich ist. Auch der Sinn des § 877 BGB. geht letzten Endes dahin, daß eine tatsächliche und rechtliche Beeinträchtigung des Gläubigerrechts durch eine ohne Mitwirkung des Gläubigers erfolgende Änderung des Inhalts des belasteten Rechts vermieden werden soll. Wird nun zu Gunsten des belasteten Rechts ein Widerspruch im Grundbuch eingetragen, so wird dadurch das Gläubigerrecht in keiner Weise beeinträchtigt; es wird vielmehr in seinem Bestand vor einer Verschlechterung durch gutgläubigen Erwerb einer dem belasteten Recht vorgehenden Post geschützt und dadurch verbessert. Andererseits würde das Recht des Schuldners über Gebühr eingeschränkt, wollte man ihm, ohne daß ein Interesse des Gläubigers daran ersichtlich wäre, die Berechtigung absprechen, selbständig einen Widerspruch zu erwirken; es würde besonders deshalb über Gebühr eingeschränkt, weil ein Widerspruch häufig schnell im Wege einer einstweiligen Verfügung erwirkt werden muß und der Erfolg dieser Maßnahme in Frage gestellt würde, wenn der Schuldner auch noch die Zustimmung seines dinglichen Gläubigers zu der Eintragung des Widerspruchs beibringen müßte, wodurch oft ein erheblicher Zeitaufwand erfordert würde. Wir sind deshalb der Ansicht, daß der Vertrag über die Bestellung eines dinglichen Rechts an einem Liegenschaftsrecht wesensmäßig auch das zum Inhalt hat, daß der Schuldner selbständig einen Widerspruch zu Gunsten des belasteten Rechts erwirken kann und daß es dazu einer Zustimmung des Gläubigers nicht bedarf.

Bei dieser Ansicht wird der Gläubiger allerdings dann einen gewissen Schaden erleiden, wenn der Schuldner einen unbegründeten Widerspruch hat eintragen lassen und dem Gläubiger nun für die Abgabe der Löschungsbewilligung Kosten entstehen. Bezüglich dieses Schadens steht ihm aber dann, wenn der Schuldner bei der Erwirkung des Widerspruchs fahrlässig gehandelt hat, ein Ersatzanspruch gegen diesen zu. Denn selbstverständlich beschränkt sich im Innenverhältnis die Berechtigung des Schuldners zur selbständigen

Erwirkung eines Widerspruchs ohne Mitwirkung des Gläubigers auf die Fälle, in denen nach Lage der Dinge die Eintragung eines Widerspruchs erforderlich erscheint; der Schuldner hat die Pflicht, eine je nach der Lage der Dinge mehr oder minder gründliche Prüfung der Rechtsverhältnisse vorzunehmen, ehe er die Eintragung eines Widerspruchs veranlaßt. Vernachlässigt er diese Prüfungspflicht, deren Umfang vom Einzelfall abhängt, so handelt er fahrlässig und ist dem Gläubiger aus dem Gesichtspunkt der positiven Vertragsverletzung ersatzpflichtig. Dabei wird der Schaden des Gläubigers im allgemeinen nur aus den Kosten bestehen, die ihm für die Bewilligung der Löschung des unberechtigten Widerspruchs entstehen. Der Gläubiger selbst wird diese Kosten nur dann zu tragen haben, nur dann einen Nachteil daraus haben, daß seine Zustimmung zur Eintragung des Widerspruchs nicht erforderlich ist, wenn der Schuldner vor der Erwirkung des — an sich unbegründeten — Widerspruchs die Rechtslage mit der gebotenen Sorgfalt geprüft hat, ihm also ein Verschulden nicht zur Last fällt. Dann ist die Entstehung dieser Kosten aber auch nicht unbillig für ihn, da sein Recht ebenfalls durch den Widerspruch geschützt wird, auch er nach Lage der Dinge ein Interesse an seiner Eintragung hatte. Schließlich entstehen ja auch jedem ganz unmittelbar durch einen Widerspruch Geschützten dann Kosten, wenn das Grundbuchamt irrtümlich auf Grund des § 54 GBO. einen Widerspruch von Amtswegen eingetragen hat. Denn wenn dann der Nachweis der offenbaren Unrichtigkeit des Grundbuchs durch die Eintragung des Widerspruchs nicht im Sinne des § 22 GBO. geführt werden kann, so kann auch dieser Widerspruch nur auf Grund einer — notfalls durch Urteil zu ersetzenden — Bewilligung des Inhabers des durch den Widerspruch geschützten Rechts gelöscht werden[37]).

Es bestehen deshalb u. E. keine Bedenken, von demjenigen, der an dem von dem Widerspruch geschützten Recht ein dingliches Recht hat, zwar die Zustimmung zur Löschung, aber nicht die Zustimmung zur Eintragung des Widerspruchs zu verlangen.

d) Ein Gesetzesvorschlag.

Wir haben uns bemüht, eine den praktischen Bedürfnissen beim Widerspruch entsprechende Klärung der Rechtsverhältnisse herbeizuführen, und halten unsere Überlegung

[37]) Güthe-Triebel § 54, Anm. 25.

auch für das geltende Recht für richtig. Die Schwierigkeiten bleiben aber groß, und es ist deshalb de lege ferenda empfehlenswert, dem § 899 BGB. eine materiell-rechtliche Vorschrift etwa folgenden Inhalts anzuschließen: „Zur Löschung des Widerspruchs ist auch die Zustimmung des Dritten erforderlich, dem an dem durch Widerspruch geschützten Recht ein dingliches Recht zusteht". Durch das Wörtchen „auch" wird klargestellt, daß es in erster Linie der Zustimmung des Inhabers des geschützten Rechts selbst bedarf und daß außerdem noch die eines etwa vorhandenen dinglich Berechtigten erforderlich ist. Aus der Beschränkung des Erfordernisses der Zustimmung auf die Löschung des Widerspruchs geht hervor, daß es zu seiner Eintragung der Zustimmung des Gläubigers nicht bedarf, und schließlich kommt auch zum Ausdruck, daß nur derjenige, welcher ein dingliches Recht an dem geschützten Recht hat, zustimmen muß, nicht aber derjenige, der lediglich auf Grund der absoluten Wirkung des Widerspruchs geschützt ist. Durch eine solche Bestimmung würden die Schwierigkeiten ausgeräumt, die aus der absoluten Wirkung des Widerspruchs entstehen, und die, soweit wir sehen können, bisher noch nicht die notwendige Beachtung gefunden haben.

4. Hat die Löschung des Widerspruchs rückwirkende Kraft?

a) Die Löschung auf Grund einer Löschungsbewilligung.

Zum Abschluß unserer Untersuchungen bedarf es nun noch einer Erörterung darüber, ob der Löschung des Widerspruchs Rückwirkung zukommt. Diese Frage ist bisher im Schrifttum nur wenig behandelt worden. Ausführlicher beschäftigen sich u. W. mit ihr nur Heinsheimer und Stemmler, von denen der Erstgenannte eine Rückwirkung schlechthin annimmt.

aa) Heinsheimers Ansicht und ihre Widerlegung.

Gegen seine Ansicht bestehen aber erhebliche Bedenken. Schon das Beispiel, von dem er ausgeht, paßt nicht. Er nimmt an[38]), daß gegen eine Hypothekenlöschung ein Widerspruch

[38]) Seite 416/17.

eingetragen ist und daß der Grundstückseigentümer währenddessen eine neue Hypothek bestellt. Er meint nun, der neue Hypothekar X würde mit der Unbegründetheit und demnächstigen Wiederaufhebung des Widerspruchs rechnen und sich auf diese bedingte Sachlage einstellen und z. B. die Auszahlung seines Hypothekengeldes zurückhalten, bis die Sachlage geklärt sei. Wäre dann aber diese Klärung eingetreten und der Widerspruch gelöscht, so würde er unbedenklich auszahlen. Gerade ein solcher Tatbestand bietet aber keine Veranlassung, die Frage der Rückwirkung der Löschung aufzuwerfen. Denn X erwirbt die Hypothek ja nicht schon durch Einigung und Eintragung, sondern erst mit der Zahlung des Geldes (§ 1163 I, 1 BGB)[39]; in diesem allein maßgeblichen Zeitpunkt soll der Widerspruch aber bereits gelöscht sein, kann demnach den gutgläubigen Erwerb des Ranges vor der gelöschten Post nicht mehr hindern, ohne daß es auf die Rückwirkung irgendwie ankäme. Nun hängt die Richtigkeit einer Ansicht naturgemäß nicht von dem Beispiel ab, an Hand dessen sie entwickelt wird. Man braucht Heinsheimers Beispiel ja nur ein wenig zu verändern dahin, daß X bereits beruhigt ist durch die Einreichung einer Löschungsbewilligung bei Gericht und daraufhin bereits zahlt, bevor die Löschung tatsächlich erfolgt ist; bei dieser Sachlage ist die Frage der Rückwirkung zweifellos von Bedeutung.

Aber auch die Begründung, die Heinsheimer für seine Ansicht gibt, muß als irrig bezeichnet werden. Dabei ist zu unterscheiden zwischen der Löschung auf Grund einer Löschungsbewilligung und der wegen Aufhebung der einstweiligen Verfügung. Für den ersteren Fall meint nun Heinsheimer[40], daß der Erwerb, der trotz dem Widerspruch vorgenommen wurde, dadurch bedingt sei, daß der Widerspruch sich nicht als begründet, das durch ihn geschützte Recht sich nicht als bestehend erweisen würde. Würde nun der Widerspruch gelöscht, ohne daß es zu einer Berichtigung des Grundbuchs käme, so würde der bedingte Erwerb zu einem unbedingten werden.

In Wirklichkeit ist der Erwerb aber nie ein bedingter gewesen. Seine Wirksamkeit oder Unwirksamkeit stand im Augenblick des Erwerbes bereits fest. Wenn das Recht des Widersprechenden bestand, so war der Erwerb insoweit unwirksam; bestand das Recht nicht, so war er wirksam. Die

[39]) RGZ. 51, 43; RG. JW. 1912, 402; Planck § 1163, 3 a.
[40]) Seite 419.

Tatsachen, aus denen sich die Wirksamkeit oder Unwirksamkeit ergibt, lagen im Erwerbszeitpunkt bereits vor, sie waren gegenwärtig, nicht zukünftig. Als Bedingung sehen wir aber nur ein zukünftiges, ungewisses Ereignis an. Die Berechtigung des Verfügenden, so, wie geschehen, zu verfügen, steht im Augenblick der Verfügung in ihren Tatsachen bereits fest. Nur die Entscheidung über die Rechtsfolgen dieser Tatsachen steht noch aus. Es ist noch unbekannt, ob der Erwerber schlechthin erwerben konnte, oder ob er nur kraft guten Glaubens erwerben konnte. Da letztere Möglichkeit durch den Widerspruch ausgeschlossen ist, bedeutet das zugleich, daß unbekannt ist, ob er erworben hat. „Diese Ungewißheit ist aber nicht eine objektive wie die Ungewißheit über etwas Zukünftiges, sondern sie ist eine subjektive“[41]). Deshalb ist der Widerspruch nicht, „einer auflösenden gesetzlichen Bedingung gleichzuachten“[42]). Vielmehr ist der Erwerb von vornherein unbedingt; nur wird sich erst herausstellen, ob wirksam oder unwirksam[43]). Wir können deshalb Heinsheimers Begründung für die Rückwirkung der Löschung nicht zustimmen.

bb) Eigene Stellungnahme.

Bei dieser Frage kann zwischen der Löschung bei Bestehen und der bei Nichtbestehen des geschützten Rechts kein Unterschied gemacht werden[44]). Denn im letzteren Falle ist die Frage der Rückwirkung überhaupt nur von prozessualer Bedeutung. Wenn man eine Rückwirkung annähme, so würde der gute Glaube, soweit er durch den Widerspruch beeinträchtigt war, rückwirkend wieder hergestellt, insofern würde es sich allerdings um eine echte Rückwirkung handeln, nicht nur um Scheinrückwirkung, wie bei einem in sich unwirksamen Widerspruch[45]), die Parteien würden deshalb des Beweises über das Bestehen oder Nichtbestehen des geschützten Rechts überhoben werden, da der Erwerber ja auf jeden Fall auf Grund seines guten Glaubens erworben hätte. Gerade diese Erleichterung würde aber hinfällig, wenn man, wie Stemmler, bei Bestehen des Rechts eine Rückwirkung ablehnt und sie bei seinem Nichtbestehen annimmt; dann müßte ja

[41]) Biermann Seite 507.
[42]) So Güthe-Triebel § 25, 15; Predari Seite 91.
[43]) Biermann Seite 507; Sekler Seite 295; Planck § 899, 5 a.
[44]) So Stemmler Seite 20, 43.
[45]) Derselbe Seite 25.

doch wieder Beweis erhoben werden über das Bestehen oder Nichtbestehen des Rechts und die ganze Frage der Rückwirkung wäre ihrer in diesem Falle einzigen praktischen Bedeutung beraubt.

Wenn wir nun die Frage der Rückwirkung einer auf Grund der Bewilligung des Widersprechenden erfolgten Löschung prüfen, so ist zunächst festzustellen, daß dem Verzicht als solchem keine rückwirkende Kraft innewohnt. Dieser wirkt in der Regel ex nunc; nur da, wo das Gesetz es ausdrücklich bestimmt, wie in §§ 333, 1953 BGB., kommt ihm Rückwirkung zu; grundsätzlich wirkt er erst vom Augenblick seiner Vollendung an.

Aber auch die Löschung äußert keine Rückwirkungen; denn es ist logisch und natürlich, daß alles erst von dem Augenblick an wirkt, in dem es geschieht. Was ganz allgemein von der Wirkung von Tatsachen, von Geschehnissen gilt, gilt auch im Gebiete des Rechts. So wirken Gesetze in der Regel erst mit ihrem Inkrafttreten, Willenserklärungen erst mit ihrer Erklärung und nur für die Zukunft. Wenn es anders sein soll, muß der Gesetzgeber es ausdrücklich bestimmen. Und er kann dies auch nur, weil die Begriffe des Rechts im allgemeinen Denkbegriffe sind, und rein Gedankliches kann man allerdings auch für die Vergangenheit verändern; die Unmöglichkeit einer Rückwirkung gilt nur für Tatsächliches. Insoweit kann auch der Gesetzgeber keine Rückwirkung bestimmen. Ebensowenig, wie er bestimmen kann, daß etwas so i s t, sondern nur fingieren kann, daß etwas so s e i, kann auch er sagen, daß etwas tatsächlich so gewesen ist. So kann er z. B. nicht den unmittelbaren Besitz, der etwas rein Tatsächliches ist, rückwirkend beseitigen. Der Widerspruch selbst ist nun allerdings auch etwas Tatsächliches; er besteht durch seine Eintragung, und diese Eintragung kann man nicht für die Vergangenheit beseitigen. Das ist aber auch nicht erforderlich; es genügt, daß seine Wirkungen beseitigt werden. Und diese sind allerdings reine Denkbegriffe. Ebenso wie der Begriff „guter Glaube" nur etwas Vorstellbares ist, so ist auch der gesetzliche Ausschluß des guten Glaubens, der die Wirkung des Widerspruchs darstellt, ein reiner Denkbegriff. Möglich wäre es also schon, daß diese Wirkung durch die Löschung ex tunc beseitigt würde. Das wäre aber eine Abweichung von der natürlichen Regel, und eine solche Abweichung müßte der Gesetzgeber ausdrücklich bestimmen. Dessen ist er sich auch selbst bewußt; denn er hat überall da, wo er eine Rückwirkung wünschte,

seinem Willen Ausdruck gegeben, wie z. B. in §§ 142 I, 375, 389 BGB., §§ 496 III, 693 II ZPO. u. a. Das muß uns aber veranlassen, nicht eine Rückwirkung an einer Stelle anzunehmen, an der der Gesetzgeber sie nicht bestimmt hat. Aus dem Schweigen des Gesetzes müssen wir vielmehr schließen, daß der Löschung des Widerspruchs keine Rückwirkung zukommt[46]).

b) Die Löschung wegen Aufhebung der einstweiligen Verfügung aus § 899 BGB.

Es wird nun die Behauptung aufgestellt, der Widerspruch nach § 899 BGB. sei überhaupt nur eine prozessuale Maßregel, sei selbst nur eine einstweilige Verfügung im Sinne von § 935 ZPO.[47]). Das veranlaßt uns, auch auf die prozeßrechtliche Begründung Heinsheimers einzugehen. Aber auch für diesen Fall der Löschung des Widerspruchs wegen Aufhebung der ihn anordnenden einstweiligen Verfügung kommen wir zu keinem anderen Ergebnis.

aa) Wird die einstweilige Verfügung selbst rückwirkend beseitigt?

Heinsheimer meint hierzu zunächst[48]), daß die Aufhebung einer einstweiligen Verfügung als solche Rückwirkung habe; sie nenne sich selbst nur einstweilig und der durch sie herbeigeführte einstweilige Zustand werde durch ihre Aufhebung nicht etwa nur beendigt, sondern beseitigt. Diese Auffassung ist aber irrig. Von einer Rückwirkung der Verfügungsaufhebung kann nicht die Rede sein. Gewiß ist mehrfach[49]) entschieden worden, daß durch die Aufhebung der Arrestvollstreckung die gleiche Rechtslage herbeigeführt würde, wie wenn es von vornherein zu einer Arrestvollziehung nicht gekommen wäre. In all diesen Fällen handelte es sich aber darum, daß das Pfandrecht durch die Aufhebung erloschen war und nicht wieder aufleben konnte. Diese Folge tritt allerdings ein; sie ist aber keine typische Folge der Aufhebung

---

[46]) Ebenso Rosenberg § 899, VI, 2; Planck § 899, VII; Wolff Seite 141; Sekler Seite 296; z. T. auch Stemmler Seite 43; a. A.: Heinsheimer Seite 418 ff.; Fuchs § 899, 7; wohl auch Turnau-Förster § 899, 15.

[47]) Frey Seite 558.

[48]) Seite 420.

[49]) RGZ. 56, 148; OLG. 21, 105; 35, 123; KG. JW. 1923, 84.

einer Vollziehungsmaßnahme, sondern die Folge eines jeden Verzichts auf ein Pfandrecht, die genau so auch bei der Freigabe eines Vertragspfandes eintritt. Und wenn gesagt wurde, die Rechtslage sei die gleiche, wie wenn eine Arrestvollziehung nicht vorgenommen wäre, so bezieht sich das lediglich darauf, daß das Pfandrecht nicht wieder aufleben kann, daß vielmehr eine neue Pfändung vorgenommen werden muß. Es sollte dadurch wohl nicht zum Ausdruck gebracht werden, daß der Aufhebung der Vollstreckungsmaßnahme als solcher rückwirkende Kraft zukäme. Ebensowenig wohnt solche der Aufhebung der einstweiligen Verfügung selbst inne. Wenn z. B. während eines Ehescheidungsprozesses durch eine einstweilige Verfügung nach § 627 ZPO. dem Mann eine Unterhaltszahlung an die Frau aufgegeben wurde, und diese einstweilige Verfügung ist aufgehoben worden, weil der Mann z. B. arbeitslos geworden ist und keinen Unterhalt mehr zahlen kann, m. a. W. wegen veränderter Umstände, so hat zweifellos für die Zwischenzeit die Frau mit Recht Unterhalt bezogen und aus der einstweiligen Verfügung vollstreckt. Erst von dem Augenblick der Aufhebung an bezieht sie keinen mehr, für die frühere Zeit ist sie aber zur Rückzahlung nicht verpflichtet. Das müßte sie aber doch sein, wenn, wie Heinsheimer meint, der einstweilige Zustand völlig beseitigt würde. Nein, die Entscheidung, die die Aufhebung der einstweiligen Verfügung anordnet, ist eine rechtsgestaltende. Sie stellt nicht fest, wie das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien ist, sondern sie ordnet an, wie es sein soll. Sie bestimmt, daß die Sicherung des Antragstellers durch die einstweilige Verfügung wegfällt. Eine solche Neuregelung wirkt aber nur ex nunc. Gewiß kennen wir auch rechtsgestaltende Urteile, die ein Rechtsverhältnis ex tunc gestalten, wie z. B. Urteile in Anfechtungs- und Nichtigkeitsklagen. Die ex tunc-Wirkung beruht in diesen Fällen aber auf dem materiellen Recht, das sie ausdrücklich anordnet. Mit der Natur der rechtsgestaltenden Urteile hat das nichts zu tun; diese äußern Rückwirkungen nur da, wo das materielle Recht es bestimmt. Für das Gebiet der einstweiligen Verfügung gibt es eine solche Bestimmung nicht; ihr selbst kommt keine Rückwirkung zu. Wohl aber kann ihre Aufhebung es mit sich bringen, daß die angeordnete Sicherheitsmaßnahme erlischt und nicht wieder aufleben, sondern nur neu vorgenommen werden kann. Insofern allerdings wirkt die Aufhebung so, wie wenn es nie zu einer einstweiligen Verfügung gekommen wäre. Das gilt zwar auch für den Widerspruch; auch er kann nicht einfach wieder auf-

leben, sondern kann nur durch eine Neueintragung wieder entstehen. Für die Vergangenheit aber verliert er die Wirkungen, die er bereits geäußert hat, durch die Aufhebung der einstweiligen Verfügung nicht[50]). Die Frage der Rückwirkung seiner Löschung richtet sich ausschließlich nach seinem materiellrechtlichen Wesen. Sie wird nicht durch die Aufhebung der einstweiligen Verfügung beeinflußt, der grundsätzlich keine rückwirkende Kraft zukommt[51]). Diese nennt sich „einstweilig" nicht, weil ihre Wirkungen wieder erlöschen, wie Heinsheimer[52]) meint, sondern weil sie nur vorübergehend, nicht dauernd regelt.

bb) Welche Folgerungen ergeben sich aus § 868 ZPO.

Unsere Ansicht findet auch eine gesetzliche Stütze in § 868 ZPO. Danach erwirbt der Eigentümer eines Grundstücks eine eingetragene Zwangshypothek, wenn auf Grund eines gerichtlichen Erkenntnisses eine Zwangsvollstreckung aus dem der Eintragung der Zwangshypothek zugrunde liegenden Titel nicht mehr möglich ist. Es „erwirbt" sie der Eigentümer; d. h. die Zwangshypothek geht mit dem Erlaß dieser eine weitere Zwangsvollstreckung unmöglich machenden Entscheidung auf den Eigentümer über und zwar auf den derzeitigen Eigentümer[53]). Diese Bestimmung findet nach §§ 936, 932, II ZPO. in vollem Umfange auch auf die einstweilige Verfügung Anwendung. Ist m. a. W. auf Grund einer solchen eine Zwangshypothek eingetragen und wird die einstweilige Verfügung aufgehoben, so geht die Hypothek im Augenblick dieser Aufhebung auf den Grundstückseigentümer über. Rückwirkung äußert dieser Übergang aber nicht; die Post ist in der Zwischenzeit eine Fremdhypothek gewesen und wird dieses Charakters nicht nachträglich wieder beraubt. Die Annahme einer Rückwirkung dieses Übergangs ließe sich mit dem Wortlaut des Gesetzes in keiner Weise vereinbaren, nach dem die Hypothek doch gerade in dem Zeitpunkt, in dem die gerichtliche Entscheidung erlassen wird, von dem Grundstückseigentümer erworben wird. Gewiß wollen wir uns durchaus nicht in überlebtem formal-juristischen Denken stets an den Wortlaut des Gesetzes klammern ohne Rücksicht auf die Billigkeit des daraus entstehenden Ergebnisses; schließ-

[50]) Wolff Seite 141.
[51]) OLG. 27, 187.
[52]) Seite 420.
[53]) Vgl. Seuffert-Walsmann § 868, 1; RGZ. 78, 402.

lich paßt aber nur diese Auslegung des Gesetzestextes in den Rahmen der vom Gesetzgeber für dieses Gebiet aufgestellten Grundsätze. Denn die Hypothek geht ja auch in den Fällen der §§ 1163, I, 2, 1168, I, 1170, II BGB. auf den über, der im Augenblick des Eintritts des rechtsändernden Ereignisses der wahre Eigentümer ist. Ist nun diese Regelung des § 868 ZPO. auch für die einstweilige Verfügung maßgebend, so ergibt sich daraus, daß dieser selbst wesensmäßig keine Rückwirkung zukommt. Denn die Verweisung des § 932, II ZPO. auf §§ 867, 868 bedeutet keine Ausnahme von den Grundsätzen des Arrestverfahrens, sondern sie bildet einen Gegensatz zu der eine Abweichung bestimmenden Vorschrift des Abs. I. Im Gegenteil paßt sich die Verweisung durchaus dem Rahmen des Arrestverfahrens an, in dem die auf einen Widerspruch ergehende Entscheidung nur ex nunc Wirkungen äußert.

cc) und aus § 945 ZPO.?

Heinsheimer[54]) begründet nun seine Ansicht einer rückwirkenden Kraft der Löschung des Widerspruchs wegen Aufhebung der einstweiligen Verfügung auch noch mit der Schadensersatzpflicht aus § 945 ZPO.; danach ist derjenige, der eine einstweilige Verfügung erwirkt hat und vollziehen ließ, schadensersatzpflichtig, wenn die Anordnung der einstweiligen Verfügung als von Anfang an ungerechtfertigt aufgehoben wird, und diese Bestimmung gilt auch für die einstweilige Verfügung nach § 899 BGB.[55]). Heinsheimer meint nun, nach dem Grundsatz der Naturalwiederherstellung müsse der Schadensersatz dadurch geleistet werden, daß die frühere Eintragung des Widerspruchs nicht geltend gemacht werde; das würde bedeuten, daß der Widerspruch seiner Wirkungen ex tunc verlustig ginge. Die einstweilige Verfügung kann aber auch aufgehoben werden, weil keine genügende Glaubhaftmachung erfolgte; auch dann erweist sich die Anordnung der einstweiligen Verfügung als „von Anfang an ungerechtfertigt"[56]). Wenn in diesem Fall das Recht, das der Widerspruch schützen soll, wirklich besteht, so ist der Antragsgegner gar nicht geschädigt, wenn ihn der Widerspruch tatsächlich an einer Verfügung über das von diesem betroffene Recht hinderte; rechtlich durfte er ja sowieso nicht verfügen,

---

[54]) Seite 420/1; ebenso Stemmler Seite 10.
[55]) RGZ. 55, 143.
[56]) Stein-Jonas § 945, II.

weil er nur buchmäßig, nicht wirklich berechtigt war. Für die Schadensersatzpflicht ist ferner nicht die Aufhebung der einstweiligen Verfügung, sondern ihre fehlende innere Berechtigung entscheidend[57]); diese fehlt nicht schon dann, wenn es nur an der erforderlichen Glaubhaftmachung mangelt, während Grund und Anspruch für die einstweilige Verfügung vorliegen. Fehlt es dagegen an dem Verfügungsanspruch, besteht das Recht, daß der Widerspruch schützen soll, nicht, so ist der Antragsteller der einstweiligen Verfügung zwar schadensersatzpflichtig, diese Ersatzpflicht ist für uns aber ohne Bedeutung, da in diesem Fall der Schadensersatz nicht durch Nichtgeltendmachung des Widerspruchs geleistet werden kann, da dieser ja ohnehin keine rechtlichen Wirkungen äußern konnte, seine tatsächlichen Wirkungen aber nur einen anders gearteten Schaden hervorgerufen haben können.

Schließlich besteht die Schadensersatzpflicht aus § 945 ZPO. doch nur gegenüber dem Verfügungsgegner, d. h. gegenüber dem Inhaber des von dem Widerspruch betroffenen Rechts. Dieser kann aber nur derjenige sein, der über das betroffene Recht verfügt, während der Widerspruch doch gerade gegenüber dem Erwerber dieses Rechts geltend gemacht werden soll, gerade ihm gegenüber das bestehende, durch den Widerspruch geschützte und durch diese Verfügung im Falle ihrer Wirksamkeit beeinträchtigte Recht vorgebracht wird. Diesem Erwerber gegenüber besteht eine Ersatzpflicht aus § 945 ZPO. nicht; man könnte zwar allenfalls sagen, daß es gegen Treu und Glauben verstieße, wenn jemand ein dingliches Recht geltend macht, zu dessen Nichtgeltendmachung er einem anderen gegenüber obligatorisch verpflichtet ist. Würde man aber diese an sich schon nicht zweifelsfreie Erwägung anstellen, so verstößt es u. E. noch viel eher gegen Treu und Glauben, wollte man aus dem Gedanken der Naturalherstellung heraus dem Widersprechenden als „Schadensersatz" eine so weitgehende Verpflichtung auferlegen. Denn da einerseits der Gesetzgeber in § 899 BGB. den Verfügungsgrund als dauernd gegeben ansieht, andererseits beim Fehlen des Verfügungsanspruchs nur ein materieller Schaden entstanden sein kann, der durch die bloße Nichtgeltendmachung des Widerspruchs nicht wieder gutgemacht wird, so kommt diese Schadensersatzpflicht überhaupt nur in Frage, wenn die einstweilige Verfügung aufgehoben ist, weil es an der ausreichenden Glaubhaftmachung des an sich vorhandenen Verfügungs-

[57]) Ebenda.

anspruchs fehlt, und man entgegen unserer Ansicht auch für diesen Fall eine Ersatzpflicht aus § 945 ZPO. bejaht. Dann kann diese Schadensersatzpflicht aber nicht so weit gehen, daß der Widersprechende nun mit gebundenen Händen zusehen müßte, wie sein — an sich bestehendes — dingliches Recht beeinträchtigt würde, wie der an sich nichtberechtigte Antragsgegner nun gleichsam als Berechtigter verfügt hätte; er kann nicht als „Strafe" dafür, daß er eine mangelhaft glaubhaft gemachte einstweilige Verfügung erwirkt hat, seines dinglichen Rechtes verlustig gehen. Zu einer derartig weitgehenden Folge darf die Rechtsordnung keineswegs ihre Hand bieten.

Aus all diesen Gründen kann deshalb auch § 945 ZPO. nicht zur Begründung dafür dienen, daß der Löschung des Widerspruchs wegen Aufhebung der ihn anordnenden einstweiligen Verfügung Rückwirkung zukomme. Auch in diesem Fall sprechen keine besonderen Gründe für die Rückwirkung der Löschung, ist die Frage vielmehr genau so zu lösen, wie für den Fall der Löschung auf Grund einer Bewilligung. Hier wie dort äußert die Löschung des Widerspruchs nur ex nunc Wirkungen.

Lebenslauf.

Am 15. Januar 1911 wurde ich in Berlin-Friedenau als Sohn des damaligen Ingenieurs Philipp Houben und seiner Ehefrau Gerty, geb. Nehr, geboren. Nachdem ich von Ostern 1917 an das Maybach-Gymnasium in Friedenau 2 Jahre besucht hatte, verzogen meine Eltern nach Potsdam, und ich ging auf die dortige Städtische Vorschule über. Ostern 1920 trat ich dann in das Staatliche Viktoria-Gymnasium zu Potsdam ein, an dem ich nach neunjährigem Besuch am 26. 2. 1929 die Reifeprüfung mit gutem Erfolg ablegte. Meinen juristischen Studien lag ich an den Universitäten in Berlin, Freiburg i. B. und Heidelberg ob. Während der Semesterferien nahm ich Gelegenheit, dadurch einen Einblick in die Wirtschaft zu gewinnen, daß ich längere Zeit als Volontär in einem mittleren Bankhaus und in einem Großbetrieb tätig war. Der ersten juristischen Staatsprüfung unterzog ich mich am 21. 7. 1933 beim Kammergericht mit gutem Erfolg. Seit dem 1. 9. 1933 bin ich als Referendar in der Ausbildung, zunächst beim Amtsgericht Potsdam, augenblicklich beim dortigen Landgericht. Die mündliche Doktorprüfung bestand ich am 1. 8. 1934.

Meinen lieben Vater verlor ich im Januar 1934. Ihm, dem ich so unendlich viel verdanke, sei diese Arbeit in erster Linie gewidmet.